

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA MASSE
DANS LA FAILLITE
ET
LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 25 Mai 1899, à 1 heure

PAR

HENRI CHATEAU

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. THALLER, professeur.

Suffragants : { MM. BOISTEL, professeur.
MASSIGLI, professeur.

PARIS

PAUL DELMAR

23 bis — RUE DES ÉCOLES — 23 bis

1899

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA MASSE

DANS LA FAILLITE

ET

LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 25 Mai 1899, à 1 heure

PAR

HENRI CHATEAU

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. THALLER, professeur.

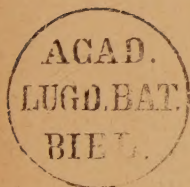
Suffragants : { *MM. BOISTEL, professeur.*
MASSIGLI, professeur.

PARIS

PAUL DELMAR

23 bis — RUE DES ÉCOLES — 23 bis

1899



INTRODUCTION

Après avoir établi d'une façon générale, le dessaisissement pour le failli, de l'administration de tous ses biens présents, ou qui lui adviendraient tant qu'il est en état de faillite, et à partir du jugement déclaratif de faillite, art. 443 C. com., le législateur va plus loin et accorde à la masse des créanciers une hypothèque sur les immeubles du failli, art. 490 et 517.

Frapper les biens du failli d'indisponibilité entre ses mains, dans le but de protéger la masse des créanciers contre tous les actes, par lesquels ce débiteur pourrait diminuer leur gage, ou favoriser quelqu'un d'entr'eux au détriment des autres, n'a pas paru suffisant à notre législateur ; il prescrit en outre aux syndics « de prendre inscription, au nom de la « masse des créanciers, sur les immeubles du failli « dont ils connaîtront l'existence ».

Ces deux dispositions : dessaisissement du failli et hypothèque légale sont évidemment empruntées au même ordre d'idées, elles satisfont aux mêmes prin-

cipes, protection de la masse, égalité des créanciers, affectation de tous les biens du débiteur au paiement de tous les créanciers sans distinction.

Mais si l'on conçoit bien nettement l'utilité du dessaisissement, qui, en privant le créancier de l'administration de ses biens, le rend incapable de nuire à ses créanciers ou d'en favoriser quelques-uns au préjudice des autres, il est plus difficile de comprendre comment l'hypothèque légale, après le dessaisissement, est utile aux créanciers; cette hypothèque a été longtemps contestée, elle a été maintes fois déclarée inutile, bref, elle a donné lieu à bien des difficultés.

Ce sont précisément ces difficultés qui feront l'objet de cette étude.

Le plan en sera simple.

Nous aurons à examiner, quelle fut l'origine de cette hypothèque qui présente beaucoup d'analogie avec le *pignus prætorium* du droit romain, quand et comment elle apparut dans notre droit français, notamment dans le Code de 1807, et dans la loi de 1838, qui a remanié complètement la législation des faillites.

Nous consacrerons un second chapitre à l'étude de cette hypothèque, nous nous demanderons quelle est sa nature, quel intérêt pratique elle présente quel est, en un mot, sa raison d'être, comment elle

prend fin ; nous ferons en outre un rapprochement entre la faillite et la déconfiture.

Nous verrons enfin dans une troisième partie critique, si cette hypothèque dans notre législation commerciale ne constitue pas une superfétation et s'il ne conviendrait pas de l'éliminer et nous terminerons par une revue des principales législations étrangères.

CHAPITRE PREMIER

DE L'HYPOTHÈQUE DE LA MASSE, ÉTUDE HISTORIQUE

A. — *Du pignus prætorium en droit Romain.*

L'hypothèque légale de la masse présente une grande analogie avec le *pignus prætorium* ; aussi, n'est-il pas sans intérêt d'étudier le droit romain, qui a sans doute servi de guide, en cette matière, aux législateurs du Code de commerce.

Le *pignus prætorium* était un droit de gage qui résultait de la *missio in possessionem*, envoi en possession des créanciers dans les biens de leur débiteur insolvable.

A la procédure rigoureuse des *manus injectiones*, voies d'exécution sur la personne, la jurisprudence prétorienne avait fini par substituer une procédure plus douce la *missio in possessionem*, voie d'exécution sur les biens ; elle était accordée aux créanciers, nous disent les jurisconsultes romains, « *rei servandæ causa* »,

Cet envoi n'était donc pas un acte d'exécution ayant un caractère définitif ; c'était plutôt une mesure conservatoire, un moyen indirect de contrainte ayant pour conséquence le dessaisissement total, qu'un débiteur se voyait obligé de subir au profit des créanciers. Tel est également dans notre législation commerciale, l'effet du jugement déclaratif de faillite, qui lui aussi dépouille le failli, en faveur de ses créanciers.

La *missio in bona* se faisant *ex edicto prætoris* et le *pignus* qui nous occupe prenant naissance de la *missio*, ainsi s'explique la qualification de *prætorium* attaché à ce *pignus* ; mais ce gage prétorien ne se constituait pas par la seule concession de l'envoi en possession, il ne datait pas du jour du décret du magistrat, mais il n'existait que du jour de la possession effective.

« *Non alias constituitur nisi ventum fuerit in possessionem* » (1).

Mais à qui profitait le *pignus prætorium* ?

La *missio in possessionem* a lieu au profit de la masse des créanciers ; demandée par un seul, elle pourra être invoquée par tous, le plus diligent étant censé avoir agi dans l'intérêt commun.

(1). L. 26 de pign. act. 13-7.

« *Non tam persona solius petentis quam creditoribus et in permissum videtur* » (1).

Le principe est donc que le *pignus prætorium* est une mesure collective, qui ne fait acquérir aucun droit de préférence, au profit du créancier, qui le premier s'est fait envoyer en possession, et a acquis ce droit de gage ; ce principe d'abord contesté avait prévalu.

Nature et effets du *pignus prætorium*.

L'envoi en possession ne rendait pas les créanciers propriétaires, il ne leur confiait ni une possession véritable pouvant conduire à l'usucapion ni un droit aux fruits. *Nantis du pignus prætorium*, les créanciers avaient à surveiller et à administrer le patrimoine de leur débiteur, qui en était l'objet ; ce droit de surveillance leur conférait la faculté d'examiner en détail les affaires de leur débiteur ; le prêteur leur permettait de faire l'inventaire des papiers et créances.

Il pouvait y avoir à faire des actes d'administration : la personne du débiteur étant effacée, l'usage s'était introduit alors du moins qu'il se trouvait plusieurs créanciers de donner la mission d'administrer à l'un d'eux ou même à un étranger. Cet administrateur appelé *curator*, qui ressemble singulièrement au

(1), L. 12. 42-5,

syndic provisoire de nos faillites, recevait une confirmation du magistrat.

Si plusieurs curateurs étaient nommés, l'administration était indivise ou partagée, ce qui importait au point de vue de la responsabilité : le curateur nommé se mettait à la place du débiteur dessaisi, agissait pour lui, exerçait les actions, y répondait et était responsable vis-à-vis des créanciers.

De tout ce qui précède, il résulte donc que le *pignus prætorium* n'était qu'une sorte de droit de saisine générale accordé aux créanciers sur tous les biens du débiteur, en même temps qu'un droit de gage sur ces mêmes biens. Il ne conférait, comme nous l'avons déjà dit, aucun droit de préférence, au profit de celui qui l'avait obtenu, puisque les autres créanciers pouvaient participer au même bénéfice.

L'égalité, tel était le principe dominant du *pignus prætorium* ; il n'admet pas de préférence selon l'antériorité des créances ; les créanciers concourront au marc le franc, s'ils ont même titre et qualité.

Ce principe d'égalité n'existera plus si du nombre des créanciers, il s'en trouve un privilégié.

De même, s'il se trouve des créanciers hypothécaires, l'envoi en possession ne changeait en rien leur situation : ils conservaient, à l'égard de la masse des créanciers, la position qu'ils avaient, à l'égard du débiteur.

Il est important de noter que dans notre droit, le jugement déclaratif de faillite produit le dessaisissement, du failli de l'administration de tous ses biens, comme la *missio in possessionem*, dans le but de maintenir l'égalité entre tous ; l'hypothèque de la masse est une mesure collective, qui ne change en rien les rapports respectifs entre les créanciers, et n'empêche, ni les privilégiés, ni ceux qui ont une hypothèque, d'exercer leurs droits.

Il n'est pas douteux, que le *pignus prætorium* donnait à la masse des créanciers existant au moment de l'envoi en possession, un droit de préférence sur les créanciers postérieurs, car il produisait un droit de gage, une sorte de nantissement général, au profit des créanciers ; les créanciers postérieurs, c'est-à-dire n'obtenant d'hypothèque qu'après l'envoi en possession, n'étaient payés qu'après les créanciers existant au moment de l'envoi.

En résumé, le *pignus prætorium* est l'accessoire de la *missio in possessionem* ; par le seul fait de cet envoi en possession, les biens du débiteur sont frappés d'indisponibilité entre ses mains ; il ne devient pas incapable, mais ne peut plus faire aucun acte opposable à ses créanciers ; une sorte d'hypothèque générale immobilise l'ensemble du patrimoine, qui devient le gage commun des créanciers. Ce résultat

a lieu par le seul fait de la *missio in possessionem*. Nous nous demanderons, et ce point est très important, si dans notre droit, le jugement déclaratif rend par lui-même, tous les actes passés par le failli, non opposables aux créanciers, en un mot, si l'hypothèque légale des articles 490 et 5, 7 ajoute au dessaisissement, ou n'est qu'une mesure destinée à le porter à la connaissance des tiers.

Le *pignus prætorium* prenait fin par la vente des biens, au cas où le débiteur refusait de satisfaire à ses obligations ; cette vente se fit d'abord en bloc ; ce fut la *venditio bonorum* : elle avait lieu, après un certain délai de trente jours, à l'expiration duquel, le préteur permettait l'affiche des biens, suivie de l'adjudication au plus offrant ; les créanciers nommaient un *magister bonorum vendendorum* chargé d'en poursuivre les opérations ; plus tard après la disparition de la procédure formulaire, les créanciers purent procéder à la vente en détail « *distratio bonorum*. »

Telle fut cette institution du *pignus prætorium* qui présente tant de ressemblances avec le dessaisissement et l'hypothèque légale de la masse dans notre droit commercial : cette institution juridique ne fut sans doute pas sans influence, sur la création de l'hypothèque de la masse.

B. — *De la faillite au moyen âge et dans
l'ordonnance de 1673.*

La *missio in possessionem* et le *pignus prætorium* en frappant ainsi les biens du débiteur d'un gage général au profit des créanciers, en consacrant ainsi les principes du dessaisissement du débiteur, d'indisponibilité des biens au détriment des créanciers et d'égalité des créanciers, peut être considérée comme ayant été l'origine de la faillite.

Le *pignus prætorium*, du reste, frappait également les biens d'un commerçant ou d'un non-commerçant : cette distinction n'est pas faite non plus dans la plupart des législations modernes pour le débiteur resté au-dessous de ses affaires ; en droit français, la procédure de la faillite est spéciale au commerçant.

Sans doute, on ne connaissait pas en droit romain, la période suspecte avec les nullités y attachées, ni le concordat de majorité, mais l'action paulienne donnait déjà une garantie aux créanciers contre les actes du débiteur et des lettres d'atermoiement purent être accordées, à partir de Justinien, au débiteur, après consultation des créanciers et pour cinq ans au plus.

Quoiqu'il en soit, l'idée fondamentale de l'action

commune des créanciers, de la liquidation collective des biens et de l'égalité des créanciers était posée.

Ces idées, sous l'influence des romanistes de l'Ecole de Bologne, refleurirent au moyen âge et devinrent la règle des liquidations dans les cités marchandes d'Italie (Gènes, Pise, Florence); dans les statuts de ces villes, on trouve la faillite organisée, d'après ces idées avec le concordat, le report de faillite et les nullités d'actes de la période suspecte (1).

Les mêmes principes pénétrèrent en droit français par l'intermédiaire du commerce de Lyon et inspirèrent l'ordonnance de 1673; bien que le principe du dessaisissement n'y soit pas nettement posé, la liquidation collective y était la règle, le concordat y était mentionné; la nullité des actes et la période suspecte ne furent établies que plus tard.

Mais cette conception de la faillite quoique la plus sage et la plus rationnelle ne fut pas unanime; nous en signalerons une autre qui prit naissance en Espagne; les notions de droit public réagissant sur la faillite, en firent une institution, dirigée et contrôlée par les pouvoirs publics, avec une organisation

(1) M. Thaller, *Des faillites en droit comparé*. Introduction.

administrative, où le juge joue un rôle prépondérant et où les créanciers, véritables intéressés, n'ont qu'un rôle et une influence secondaires.

Cette conception, grâce à de brillants jurisconsultes, exerça une grande influence dans beaucoup d'Etats allemands, à l'encontre de véritables principes qui triomphent unanimement aujourd'hui (1).

C. — *L'hypothèque légale de la masse dans le Code de commerce de 1807.*

Le Code de commerce de 1807 posait nettement le principe du dessaisissement, mais de plus il créait une hypothèque de la masse.

Le texte du Code de 1807, qui faisait mention de l'hypothèque de la masse, était l'article 500 ainsi conçu : « Ils (les syndics) sont tenus aussi de prendre
« inscription au nom de la masse des créanciers,
« sur les immeubles du failli dont ils connaîtront
« l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple
« bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant
« la date du jugement par lequel ils auront été
« nommés ».

(1) J. Kohler, Lehrbuch des konkursrecht. *Annales droit Commercial*, 1892-1893.

En présence de ce texte, les jurisconsultes se demandèrent, quels étaient le but et l'effet de cette inscription.

La majorité des auteurs et la jurisprudence admettaient que cette inscription ne créait aucun droit hypothécaire, en faveur de la masse des créanciers ; l'inscription prise sur les immeubles n'avait pour objet, que de rendre plus notoire l'état de faillite et d'empêcher que, les immeubles ne soient vendus à l'insu et au préjudice de la masse, mais sans lui conférer aucun droit hypothécaire.

Locré (1) est formel sur ce point.

« Le projet de la Commission, nous dit-il, portait
« seulement qu'il serait pris inscription sur les im-
« meubles du failli.

« Différentes cours d'appel, notamment d'Agen,
« de Paris, de Colmar, demandèrent au profit de quⁱ
« l'inscription serait prise.

« La cour d'appel de Paris, croyant que ce devait
« être au profit des créanciers hypothécaires, proposa
« de supprimer la disposition.

« Il n'est pas à craindre, disait-elle, que les créan-
« ciers hypothécaires négligent de conserver leurs
« hypothèques.

« La section de l'intérieur au Conseil d'Etat fit

(1) *Esprit du Code de commerce*, art. 500.

« tomber ces observations en proposant d'exprimer
« que l'inscription serait prise au nom de la masse.

« Cependant la disposition fut attaquée même sous
« ce rapport.

« Déjà le tribunal et le conseil de commerce d'An-
« vers, qui l'avaient ainsi entendu, avaient observé
« qu'elle paraissait inutile, d'après les dispositions de
« l'article 448, qui empêche que la masse ne puisse
« être primée par de nouvelles inscriptions.

« Mais ce n'était pas pour la conservation des
« droits de la masse contre des créanciers particu-
« liers que la disposition avait été imaginée, c'était
« parce que, si l'on n'établissait pas cette règle, la
« masse pourrait n'être pas avertie des expropria-
« tions. »

C'est bien ainsi que l'entendait la jurisprudence :
elle admettait que cette inscription ne produisait aucun
effet légal, car elle ne se référait pas à une hypothèque
établie au profit de la masse.

La Cour de Cassation dans un arrêt célèbre du 22
juin 1841 (1) s'exprimait ainsi :

« L'inscription prise par le syndic de la faillite
« dans l'intérêt de la masse, aux termes de l'art. 500
« C. com. n'est qu'un moyen de publicité de la

(1) S. 1841, 1, 723.

« faillite ; elle ne donne aux créanciers de la faillite
« aucun droit hypothécaire ou de préférence.

« Rien ne prouve, disait la Cour, dans les considé-
« rant que, l'art. 500 ait nécessairement attaché à
« cette inscription la vertu, non de conserver une
« hypothèque qui n'existait pas, mais de la créer hors
« des cas, qui dans le droit commun, peuvent la faire
« acquérir. »

Et encore : « Cette inscription est insuffisante pour
« créer une hypothèque, au profit des créanciers
« purement chirographaires. »

Conformément à cette jurisprudence, il fut jugé
que cette inscription n'établissait au profit des créan-
ciers chirographaires du failli aucun droit de préfé-
rence sur les biens advenus par succession à leur
débitur, au préjudice des créanciers de la succes-
sion et n'empêcherait pas ceux-ci de demander la
séparation des patrimoines, encore qu'ils n'eussent
pas pris l'inscription dans les délais de l'art. 2111 du
Code civil (1).

Telle était l'interprétation généralement donnée
à l'article 500, sous l'empire du Code de 1807.

(1) *Cour de Bourges*, 20 août 1807.

D. — *L'Hypothèque légale de la masse dans la loi de 1838.*

L'article 500 du Code de commerce fut exactement reproduit par la loi du 28 mai 1838, qui modifiait le titre des faillites : il devint l'art. 490.

Cette reproduction textuelle de l'art. 500 par l'art. 490 donna lieu à de graves controverses. Comment fallait-il interpréter notre nouvel article ? Quels étaient la nature et les effets de l'hypothèque.

Bedarride (1) soutint que « l'art. 490 n'avait rien
« changé : il n'est aujourd'hui, que ce qu'était l'art.
« 500 du Code de commerce dont il est la reproduc-
« tion littérale ; sans doute, l'art. 517 en stipulant,
« que l'homologation du concordat conserve à cha-
« cun des créanciers sur les immeubles du failli
« l'hypothèque de la masse, semble indiquer l'effi-
« cacité de cette hypothèque ; mais l'art. 517 crée et
« ne conserve rien ; il introduit un droit nouveau, à
« savoir que le jugement d'homologation confère
« l'hypothèque, à la condition d'être inscrit ; si une
« inscription nouvelle est indispensable, celle prise
« en vertu de l'article 490 est donc insuffisante,
« comment aurait-elle conféré hypothèque ?

(1) Bedarride, *Faillites et Banqueroutes*, t. II, n. 416.

« L'inscription ordonnée par l'art. 490 ne saurait donc créer des droits qui n'ont jamais existé, et qui sont même proscrits par l'art. 446, et c'est sans doute à cause de ce résultat, que contrairement à la disposition de l'art. 2148 du Code civil, cette inscription est reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement qui a nommé les syndics ».

Malgré l'autorité de Bedarride, celle de Troplong et Pardessus qui donnent la même solution, cette interprétation n'a pas triomphé, et croyons-nous, à jute titre.

Il est difficile de nier l'existence d'une véritable hypothèque au profit de la masse, et à l'encontre des créanciers postérieurs à la faillite.

Sous l'empire du Code de 1807, en présence du seul art. 500, on pouvait avec raison contester l'existence d'une hypothèque de la masse ; car l'hypothèque ne peut résulter que des conventions, de la loi, ou d'un jugement ; or en matière de faillite, il n'y a pas de convention, le jugement déclaratif, n'emportant pas condamnation, n'emporte pas hypothèque et l'art. 2121 du Code civil, énumérant les créances qui emportent hypothèque légale, ne parle pas de la créance qui appartient à la faillite ; mais aujourd'hui en présence de l'art. 517, la solution est tout autre.

« L'homologation du Concordat, dit cet article, con-
« servera à chacun des créanciers sur les immeu-
« bles du failli, l'hypothèque inscrite en vertu du § 3
« de l'art. 490 ».

Il en résulte que, le législateur admet l'existence préalable d'une hypothèque pour la maintenir, on ne conserve que ce qui existe déjà ; cette hypothèque déjà inscrite d'après l'art. 490 se renouvellera après l'homologation du concordat.

Renouard (1) qui fait autorité en la matière s'exprime ainsi :

« Si l'inscription de l'art. 490 ne conférait pas à la
« masse tout entière, dans chacun de ceux qui la
« composent, un droit hypothécaire, comment l'ins-
« cription de l'art. 517 conserverait-elle individuel-
« lement une hypothèque à chacun des créanciers
« sans distinction, c'est-à-dire aux chirographaires
« comme aux autres ?

« Cette solution me paraît conforme à l'esprit de la
« loi comme à son texte.

« La faillite fixe la condition de tous, et affecte à
« tous les créanciers à titre de gage commun, les im-
« meubles comme les meubles. Que les droits vala-
« blement acquis sur les immeubles continuent

(1) Renouard. — *Traité des Faillites et Banqueroutes*, I
article 390,

« d'exister avec les préférences qui s'y attachent,
« rien de plus juste ? Mais il est juste aussi que la
« survenance de la faillite empêche l'acquisition de
« tous droits nouveaux même immobiliers, au pré-
« judice des créanciers dont cet événement a tout à
« la fois empêché les poursuites et fixé les droits ».

L'hypothèque établie par les art. 490 et 517 n'est qu'un corollaire des principes du dessaisissement et de ses effets, et le législateur a été amené logiquement à l'admettre. L'art. 448 du Code de commerce n'admet plus d'inscription après le jugement déclaratif de faillite, même pour des droits d'hypothèque antérieurement acquis, parce que le sort de la masse chirographaire est définitivement fixé, les biens du failli meubles et d'immeubles forment le gage commun de la masse des créanciers ; ces créanciers postérieurs au dessaisissement ne peuvent pas concourir avec les créanciers de la faillite, logiquement, le législateur devait reconnaître au profit de ces derniers, un droit réel, une hypothèque qui porte sur l'ensemble des immeubles du débiteur et cela dans l'intérêt de la masse, mais plus encore dans l'intérêt des tiers eux-mêmes. qui seront avertis de la faillite par l'inscription prise par les syndics. Ces tiers ne pourront plus fonder aucune espérance sur les biens du failli, et ne pourront plus arguer de leur ignorance.

Reste à savoir, si le jugement déclaratif n'emporte pas lui-même, à partir du dessaisissement une sorte d'hypothèque générale sur tous les biens du failli, indépendamment de l'hypothèque de l'art. 490 ; c'est ce que nous étudierons dans le chapitre suivant.

Quoiqu'il en soit, il faut admettre que l'inscription de l'art. 490 conserve une véritable hypothèque ; nous verrons dans le chapitre suivant d'où provient cette hypothèque.

CHAPITRE II

ÉTUDE DE L'HYPOTHÈQUE DE LA MASSE EN DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

Nature de l'hypothèque de la masse.

Nous avons établi, qu'il est impossible de nier l'existence d'une hypothèque, au profit de la masse ; il nous faut déterminer maintenant, quelle est la nature de cette hypothèque.

Si nous nous reportons aux principes du Code civil, art. 2, 116, nous trouvons que l'hypothèque peut avoir trois sources : la convention, un jugement ou la loi.

Or il nous faut tout d'abord éliminer la convention comme source de notre hypothèque de la masse, il n'existe en effet aucune sorte de conventions entre le failli et ses créanciers ; la question se réduit à celle-ci : notre hypothèque est-elle légale ou judiciaire ?

Sur ce point les avis sont partagés.

L'hypothèque est judiciaire, a-t-on dit, par ce qu'elle naît du jugement déclaratif de faillite.

« Le jugement déclaratif, nous dit Renouard (1),
« est clairement devenu un jugement constitutif
« d'hypothèque, inscrite conformément à l'art. 490
« et régulièrement conservée à chacun des créan-
« ciers, en vertu de l'art. 517, par l'inscription du
« jugement homologatif du concordat ».

C'est aussi l'opinion d'Alauzet.

En faveur de cette solution on cite un arrêt de la cour de Dijon du 5 août 1862 (2).

« Cette hypothèque, dit la cour, est nécessairement
« une hypothèque judiciaire puisqu'elle est prise,
« par suite du jugement qui a déclaré la faillite, et
« en vertu de celui qui a nommé le syndic ; c'est
« donc une véritable hypothèque judiciaire qui porte
« sur les biens présents et à venir du failli ».

Malgré cela, il nous paraît plus exact de dire que notre hypothèque prend sa source dans la loi.

Et en effet, tous les jugements n'emportent pas hypothèque judiciaire, mais seulement les jugements de condamnation, le jugement déclaratif de faillite ne saurait rentrer dans cette catégorie puisqu'il constate simplement le fait de la faillite, il ne pro-

(1) Renouard. *Faillites et Banqueroutes*, I, art. 490.

(2) D. 1862, 2, 149.

nonce aucune condamnation au profit des créanciers et ne forme titre pour aucun d'eux ; il ne s'occupe de ceux-ci que pour déterminer leurs droits ; il n'y a donc dans ce jugement aucun élément d'un droit hypothécaire.

Notre hypothèque ne peut être que légale ; en vain, objecte-t-on que l'art. 2121 du Code civil, qui contient l'énumération des hypothèques légales, ne fait aucunement mention d'une hypothèque de la masse ; l'art. 2121 n'est nullement limitatif ; il ne mentionne pas non plus l'hypothèque légale des légataires, qui est aujourd'hui communément admise. Il faut chercher l'origine de l'hypothèque de la masse dans l'ensemble des dispositions relatives à la faillite, dans les principes même du dessaisissement et dans la volonté du législateur, de donner à la masse un supplément de garantie, par la création d'un droit réel hypothécaire.

Nous repoussons par cela même une autre opinion qui fait résulter l'hypothèque du jugement d'homologation du Concordat ; cette opinion ne peut être sérieusement soutenue en présence de l'art. 517 du Code de commerce ; le jugement d'homologation conserve l'hypothèque préexistante mais ne la crée pas ; le droit hypothécaire des créanciers du failli ne date pas seulement de l'homologation du Concordat,

mais prend naissance, à partir du jugement déclaratif, et devient efficace à l'égard des tiers du jour de l'inscription.

On a nié qu'il y eut intérêt à déclarer, que notre hypothèque soit légale ou judiciaire, puisque l'une et l'autre sont générales et portent sur les biens à venir art. 2122 et 2123 du Code civil, il y a cependant, croyons-nous, un intérêt évident.

Si notre hypothèque est judiciaire, il est certain qu'elle s'étendra à tous les immeubles présents et à venir du failli d'après l'art. 2123, 2^e alinéa ; et de même d'après l'art. 2148 dernier alinéa du Code civil. l'inscription prise au bureau des hypothèques d'un arrondissement, frappera de plein droit tous les immeubles qui seront acquis par le failli, dans le ressort de cet arrondissement.

Mais si l'hypothèque est légale, comme nous le croyons, la solution n'est pas aussi simple ; le caractère de généralité n'est attaché par la loi, qu'aux hypothèques légales des mineurs et interdits, à celles des femmes mariées et à celles des Communes et Etablissements publics art. 2121 et 2122 Code civil ; l'hypothèque légale du légataire est spéciale ; que décider pour l'hypothèque de la masse ?

Qu'elle frappe les immeubles appartenant au failli lors du jugement déclaratif ou ceux qui lui advien-

dront du cours de la faillite? rien de plus juste ; mais il semble bien, que les immeubles qui adviendront au débiteur après la clôture de la faillite n'en seront pas grévés.

Nous citerons en ce sens un arrêt intéressant de la cour de Caen du 10 juillet 1886 (1).

« L'inscription hypothécaire, dit la cour, cesse de
« produire effet, quand la masse disparaît par la
« dissolution de l'union, et ne frappe pas les immeu-
« bles, que le failli acquiert ultérieurement.

« Attendu que l'union dissoute, le failli recouvre la
« disposition des biens qui lui surviennent et qu'il
« cesse d'être soumis à l'administration des syndics,
« que dès lors, les créanciers anciens et nouveaux
« ont à pourvoir à leurs intérêts, à faire des actes
« conservatoires ou de vigilance, qu'ils jugent oppor-
« tuns sans s'inquiéter des autres créanciers.

« Attendu que la loi, en matière de concordat homo-
« logué a, il est vrai, décidé que l'hypothèque profi-
« terait désormais à chacun des créanciers, mais
« qu'elle a pris soin d'indiquer, en termes exprès,
« cette modification de l'hypothèque primitive, par
« une inscription nouvelle, qui en spécialise et déter-
« mine les effets au profit de chaque créancier indi-
« viduellement, que la loi, dans le cas de dissolution

(1) *Le Droit*, 15 août 1886.

« de la faillite par l'union des créanciers, n'a pris
« aucune de ces précautions.

« Attendu que, la masse qui a cessé d'exister, ne
« peut prétendre à aucun droit sur des biens surve-
« nus après sa dissolution ; qu'à plus forte raison, un
« créancier isolé qui ne la représente pas, qui ne
« peut la faire revivre, ne saurait se prévaloir dans
« son intérêt individuel, des droits qu'elle aurait eu
« pendant son existence.

« Attendu que cette hypothèque, si l'on admettait
« qu'elle survit à la dissolution de l'union des créan-
« ciers, deviendrait une hypothèque d'un genre spé-
« cial, puisqu'elle serait indéterminée non seulement
« quant aux sommes qu'elle garantirait, mais encore
« quant aux personnes qui pourraient en profiter. »

Il est non moins douteux, qu'une seule inscription prise au bureau de l'arrondissement suffise pour grever d'hypothèque tous les biens, qui se trouvent dans l'arrondissement ; l'art. 2148 du Code civ., dernier alinéa, ne concerne que les hypothèques légales des incapables, et comme cette disposition déroge au principe fondamental en matière d'hypothèque, la spécialité des inscriptions, on ne peut l'étendre sans un texte spécial.

Nous croyons qu'il faudra prendre une inscription spéciale sur chaque immeuble, l'art. 490 C. com. du

reste n'y contredit pas, puisqu'il prescrit aux syndics de prendre hypothèque sur les immeubles du failli dont ils **connaîtront** l'existence (1).

DEUXIÈME PARTIE

De l'utilité de l'Hypothèque légale de la masse

Après avoir précédemment démontré l'existence d'une hypothèque au profit de la masse, nous avons établi quelle en était la nature ; selon nous, c'est une hypothèque légale, il nous faut maintenant en montrer les applications pratiques.

C'est sur ce point que résident les plus grandes difficultés, car c'est précisément sur le peu d'intérêt pratique que présente notre hypothèque, que l'on s'est basé, pour mettre en doute son existence et en démontrer l'inutilité.

Le législateur de 1838 n'a pas été sur ce point très explicite, aussi l'a-t-on accusé de ne s'être pas rendu un compte exact du droit réel, qu'il accordait à la masse.

Nous diviserons ce sujet en deux sections :

1° De l'utilité de l'hypothèque pendant le cours de la faillite ;

(1) MM. Lyon-Caen et Renault.

2° De l'utilité de l'hypothèque après la clôture de la faillite.

1^{re} Section

A. De l'utilité de l'hypothèque légale pendant le cours de la faillite

L'hypothèque engendre d'abord un droit de préférence ; elle permet au créancier hypothécaire de se payer sur le prix de l'immeuble par préférence à d'autres créanciers ; tel n'est certes pas le but de notre hypothèque ; c'est un droit réel accordé à la masse, elle ne favorise aucun créancier au détriment des autres ; corollaire du dessaisissement, elle fait au contraire des biens du débiteur failli, le gage commun des créanciers sans modifier en rien les rapports qui existent entre ceux-ci.

L'hypothèque engendre en outre un droit de suite, elle permet aux créanciers de suivre leur gage en quelques mains qu'ils passent, et les met à l'abri des aliénations et autres constitutions de droits réels consentis par leur débiteur.

On serait tenté de croire que l'hypothèque légale de la masse protège très efficacement les créanciers contre les actes du failli ; ce serait vrai, si le dessai-

sissement n'existait déjà ; or le dessaisissement est bien plus avantageux pour les créanciers que l'hypothèque légale ; et en effet, tous les actes passés par le failli postérieurement à la déclaration de faillite, sont nuls et non avenue à l'égard de la masse, notre hypothèque n'est d'aucune utilité dans cette hypothèse.

Ainsi, les charges consenties par le failli sur ses biens ne peuvent préjudicier à la masse, mais ce n'est pas une conséquence de l'hypothèque légale mais bien du dessaisissement.

De même le dessaisissement est suffisant, pour protéger les créanciers contre les charges créées par le failli, sur des biens qu'il aurait acquis, depuis le jugement déclaratif.

Nous insisterons sur ce point, qui est important.

Il peut arriver qu'un failli, après le jugement déclaratif, acquière des biens par donation ou legs. Ces biens sont sans aucun doute frappés du dessaisissement (art 443, Cod. com., alinéa 1^{er}).

Si le failli est appelé comme héritier à une succession, l'acceptation ou la répudiation faite par lui, ne produirait aucun effet à l'égard de la masse ; car c'est un droit pécuniaire, qui comme tel, est exercé par les syndics.

Il est bien évident, que la masse ne profitera de ces

acquisitions que sous la déduction des dettes et charges de la succession, les créanciers de la dite succession peuvent demander la séparation des patrimoines, les légataires peuvent demander également la séparation des patrimoines ou faire inscrire l'hypothèque de l'art. 1017 du Code civil : mais l'actif net de la succession, du legs ou de la donation devient le gage commun de la masse, en vertu du principe du dessaisissement.

Le failli peut encore se livrer à un nouveau commerce ou à une nouvelle industrie, c'est son droit, car le failli n'est ni interdit ni incapable ; c'est son intérêt, car il pourvoit à sa subsistance et à celle de sa famille, ou il cherche à se réhabiliter ; tout ce que les créanciers peuvent exiger c'est que l'exercice de ce nouveau commerce ne leur préjudicie pas en diminuant l'actif de la faillite, comme il arriverait, par exemple, si le failli exerçant un même commerce que précédemment, faisait par cela même perdre une partie de sa valeur au fonds de commerce, gage de ses créanciers.

La jurisprudence de la Cour de cassation est fixée en ce sens.

Dans un arrêt célèbre du 12 janvier 1864 (1), cas-

(1) D. 1864, 1, 130.

sant un arrêt de la Cour de Lyon, qui avait annulé certains actes faits par un failli, la Cour suprême s'exprime ainsi :

« La capacité du failli reste entière, sans qu'il y
« ait à distinguer, entre les opérations minimales et
« des actes d'une plus ou moins grande importance,
« sauf toutefois le droit permanent de contrôle et de
« surveillance des créanciers de la faillite, qui par
« l'organe des syndics, peuvent veiller à leur intérêt,
« intervenir même pour s'opposer à tout engagement
« ou à tout acte qui de la part du failli, serait de
« nature à leur causer un préjudice, prendre des
« mesures nécessaires pour assurer le recouvrement
« des valeurs acquises par le failli ou en prévenir le
« détournement et enfin poursuivre l'annulation des
« engagements et actes, qui auraient eu lieu, nonob-
« tant l'opposition des syndics, avec fraude et au
« préjudice de la masse ».

Supposons donc, que par suite de nouvelles transactions heureuses, un failli acquière de nouveaux biens ; nul doute que le dessaisissement s'applique à ces acquisitions ; l'art. 443 est général. Le failli, à l'occasion de ce nouveau commerce, a peut-être contracté des dettes, soit en empruntant de l'argent, en achetant des marchandises ; l'équité exige que ces dettes soient acquittées sur les nouveaux biens du

failli, sans que la masse ne s'y oppose, car elle s'enrichirait injustement, mais celle-ci exclura tous autres créanciers postérieurs au jugement déclaratif dont la dette n'aurait aucun rapport avec ce nouveau commerce.

Ici encore le principe du dessaisissement suffit, sans qu'il soit besoin de l'hypothèque légale pour protéger efficacement la masse contre des créanciers postérieurs.

Sans doute le dessaisissement n'est pas absolu, il n'est pas appliqué dans toute sa rigueur, car il eut été inhumain d'empêcher le failli de se livrer à toute espèce de commerce en lui refusant tout crédit, mais il n'en subsiste pas moins vis-à-vis des créanciers postérieurs.

En résumé, de plein droit et par le seul effet du jugement déclaratif, qui produit le dessaisissement, les créanciers sont protégés contre les actes de leur débiteur failli, sans qu'il soit besoin de mesure de publicité (1).

B. De l'utilité de l'hypothèque de la masse pendant le cours de la faillite. (Suite).

D'après la doctrine généralement enseignée, l'hypothèque légale de l'art. 490 du Code de commerce

(1) MM. Lyon-Caen et Renault.

a une utilité incontestable ; elle confère à la masse un droit réel hypothécaire sur les immeubles du failli ; celle-ci devient au sens de l'art. 3 de la loi de 1855, un tiers ayant des droits sur l'immeuble et qui les a conservés en se conformant aux lois.

Cette hypothèque est d'un grand secours pour les créanciers qui ont souvent intérêt à l'opposer ; la pratique en offre de nombreuses applications.

Pour bien faire connaître sur ce point l'opinion courante, que nous nous proposons de refuter en établissant, que par le seul fait du dessaisissement, la masse devient un tiers à l'égard du failli, nous passerons en revue diverses hypothèses en exposant les solutions généralement données ; puis nous exposerons la théorie que nous croyons juste.

Première hypothèse. — Il est une première hypothèse où la masse des créanciers peut avoir intérêt, d'après la doctrine, à opposer l'hypothèque légale inscrite conformément à l'art. 490 du Code de commerce ; c'est le cas où le failli est appelé à une succession.

Quand un failli recueille une succession, les créanciers et les légataires du défunt ont intérêt à demander la séparation des patrimoines ; grâce à elle, ils sont préférés à tous les créanciers de

l'héritier failli et n'ont pas à redouter l'insolvabilité de ce dernier.

Mais la loi fixe un délai de six mois, à partir de l'ouverture de la succession, pendant lequel la séparation des patrimoines doit être demandée.

Supposons donc, que les créanciers et légataires n'aient pas fait inscrire, pendant ce laps de temps de six mois, le privilège de la séparation des patrimoines ; ils ne pourront exercer leur droit qu'à la date de l'inscription qu'ils ont prise, et ils seront primés par la masse des créanciers, dont l'hypothèque aura été inscrite, conformément à l'art. 490.

Cette solution est logique et conforme aux principes généraux du Code civil.

La loi pour sauvegarder les droits des créanciers et légataires d'une succession leur accorde la séparation des patrimoines et leur concède un délai de six mois pour faire inscrire leur privilège ; « avant « l'expiration de ce délai, dit l'art. 2111, aucune « hypothèque ne peut être établie avec effet sur « ces biens par les héritiers ou représentants, au « préjudice de ces créanciers ou légataires ».

Prise dans ce délai, l'inscription assure aux créanciers héréditaires un droit de préférence sur tous les créanciers de l'héritier, sur les créanciers chirographaires, mais aussi sur les créanciers privilégiés

et sur les créanciers hypothécaires ; et, en ce qui concerne ces derniers, il n'y a même aucune distinction à établir, à raison de la date de leur inscription ; ainsi l'héritier a constitué, peu de temps après l'ouverture de la succession, une hypothèque sur un immeuble de la succession ; plusieurs mois après, les créanciers et légataires prennent sur le même immeuble l'inscription de l'art. 2111 ; ils seront préférés sur le prix de l'immeuble aux créanciers hypothécaires de l'héritier.

Telle est la situation des créanciers et légataires du défunt qui se sont inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession ; passé ce délai l'inscription prise n'est pas sans efficacité, mais elle ne leur donne plus rang qu'à compter de sa date, art. 2113 du Code civil, et les créanciers qui ont pris cette inscription tardive, sont primés par les créanciers hypothécaires de l'héritier failli, dans notre hypothèse par les créanciers de la masse dont les syndics ont inscrit l'hypothèque ; on retombe dans le droit commun *prior tempore potior jure*.

Ainsi, notre hypothèque a, selon la doctrine, pour effet de paralyser au profit des créanciers de la masse le droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, lorsque les créanciers d'une succession échue au failli, n'ont pris l'inscription exigée par

l'art. 2111 du Code civil, qu'après l'expiration du délai de six mois depuis l'ouverture de la succession et postérieurement à l'inscription, requise en vertu de l'art. 490 du Code de commerce.

Nous citerons en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1858 (1) relatif à notre espèce.

« Attendu, dit la Cour, que pour que les créanciers
« ou légataires puissent conserver le droit de la
« séparation des patrimoines, il faut, aux termes de
« l'article 2111, Code Nap., qu'ils aient pris inscrip-
« tion sur les immeubles du défunt, dans les six
« mois, à compter de l'ouverture de la succession ;

« Attendu que, si après l'expiration du délai de six
« mois, sans que les formalités requises pour con-
« server le privilège aient été remplies, les créances
« ne cessent pas d'être hypothécaires, ce n'est
« qu'autant que l'inscription est prise avant d'autres
« affectations hypothécaires qui auraient pu être
« constituées par l'héritier ;

« Et attendu, en fait, que l'inscription prise dans
« l'espèce, est postérieure à celle qui avait été prise,
« au nom du syndic de la faillite ;

« Attendu que cette inscription n'a pas seule-
« ment pour objet de rendre publique ladite faillite,

(1) S. 1859, 1, 209 ; 1859, 1, 102.

« mais bien de protéger les droits hypothécaires de
« la masse ; que c'est ce qui résulte de l'art. 517 du
« Code de commerce, aux termes duquel l'homolo-
« gation du concordat conserve à chacun des créan-
« ciers, sur les immeubles du failli, l'hypothèque
« inscrite en vertu de l'art. 490 ;

« Attendu que la Cour de Rouen a fait application
« de ces principes en décidant que l'inscription
« hypothécaire prise par les créanciers de la succes-
« sion, pour conserver la séparation des patrimoines
« ne pouvait produire d'effet parce qu'elle était pri-
« mée par celle des syndics » ;

Et la Cour de décider :

« L'inscription hypothécaire prise par le syndic
« d'une faillite dans l'intérêt de la masse sur les
« immeubles du failli en conformité de l'art. 490
« Code comm., n'a pas seulement pour résultat de ren-
« dre publique la faillite, mais encore de créer *hic et*
« *nunc* un droit hypothécaire au profit de la masse. »

Autre hypothèse. — L'hypothèque légale de l'art. 490 permet à la masse de primer tous autres créanciers, qui pourraient encore prendre inscription, après le jugement déclaratif de faillite.

Le législateur devait se préoccuper d'abord de protéger les créanciers du failli, en empêchant celui-

ci de contracter de nouvelles dettes ou de favoriser certains d'entr'eux au détriment des autres ; pour cela, il prend diverses mesures ; il proclame le principe du dessaisissement, le failli, dessaisi de l'administration de ses biens, ne peut contracter de nouvelles dettes et dilapider le gage de ses créanciers, art. 443, C. Com. ; de plus, le législateur s'occupe des actes passés par le failli depuis la cessation des paiements et même dans les dix jours qui précèdent ; tous les actes qui compromettent les intérêts de la masse passés pendant cette période, sont nuls à l'égard de la masse ou peuvent être annulés, art. 446, 447, Code com. ; la loi va même plus loin : tout en reconnaissant la validité des hypothèques consenties et des privilèges nés antérieurement, elle autorise cependant l'annulation des inscriptions prises pour la sûreté de ces droits, s'il s'écoule plus de dix jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription, art. 448, C. com., retard qui fait craindre une collusion entre le failli et ses créanciers ; enfin, elle interdit à tout créancier personnel du failli, d'inscrire tous droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis, après le jugement déclaratif de façon que les droits des créanciers soient définitivement fixés et à l'abri de toute atteinte, art. 448, Code com.,

Mais la loi avait à protéger la masse des créanciers contre un autre danger.

Certains tiers, qui n'ont pas contracté personnellement avec le failli, mais qui ont sur ses biens une hypothèque pourraient s'inscrire, après le jugement déclaratif de faillite ; citons à titre d'exemple : un créancier, qui prendrait inscription du chef du précédent propriétaire sur un immeuble appartenant au failli, si celui-ci n'avait pas transcrit son titre de propriété, ou un légataire qui inscrirait l'hypothèque de l'art. 1017, sur les biens qu'un failli grevé de legs a recueilli dans une succession ; l'art. 448 ne s'oppose pas à ce que ses inscriptions soient inscrites, la disposition de cet article n'a été écrite que pour maintenir l'égalité entre créanciers ; aussi les tiers qui, sans avoir le failli pour obligé personnellement, ont acquis un droit hypothécaire sur l'immeuble pourraient inscrire leur droit à l'encontre de la masse.

La loi a prévu ce péril et y a pourvu en prescrivant précisément aux syndics de prendre l'inscription de l'art. 490, inscription que la masse opposera aux tiers.

Ainsi, l'inscription de l'art. 490 protège efficacement la masse contre les tiers.

Pour que cette inscription soit efficace, il est donc

nécessaire qu'elle confère une véritable hypothèque du jour de l'inscription et non du jour de l'homologation du concordat, car dans ce cas, les créanciers du failli seraient toujours primés par des tiers ; l'inscription ne serait plus qu'une vaine formalité, la masse, que la loi a voulu protéger, étant à la merci des créanciers hypothécaires.

Troisième hypothèse. — Un commerçant a vendu un des immeubles qui lui appartient, il tombe en faillite avant que l'acquéreur ait fait transcrire son titre d'acquisition ; ce dernier pourra-t-il encore valablement faire transcrire ?

L'art. 448, Cod. comm. ne vise pas notre hypothèse, car l'acquéreur n'a pas l'intention de conserver ni d'acquérir un droit d'hypothèque ou de privilège, mais bien de rendre son droit de propriété opposable à tous et de se garantir contre les droits réels publiés du chef du vendeur.

Rien ne s'oppose à cette transcription ; mais supposons, que les syndics aient fait inscrire avant la transcription, l'hypothèque de l'art. 490, Cod. com., la masse est devenue « un tiers qui a des droits sur « l'immeuble et qui s'est conformé aux lois pour les « conserver » ; en conséquence, elle pourra se prévaloir du défaut de transcription, pour exercer ses droits sur l'immeuble qui est devenu son gage ; l'acte

d'aliénation sera sans effet vis-à-vis de la masse, en ce sens, qu'il ne gênera pas l'exercice de son droit hypothécaire, mais cela n'empêche que l'acquéreur, devenu propriétaire par le seul effet de la vente, pourra toujours transcrire ; il y a intérêt, car il a la faculté de purger.

Cette interprétation est généralement donnée par la doctrine (1) ; la jurisprudence de la Cour de cassation est aussi en ce sens.

Dans un arrêt du 5 août 1862 (2), la Cour en a ainsi jugé :

« Les créanciers d'une faillite n'acquièrent par
« l'inscription prise, au nom de la masse, en vertu
« de l'art. 490 C. com., aucun droit de propriété :
« ils ne sont, dès lors, fondés, ni comme représen-
« tants du failli, ni de leur chef, à exercer une action
« en revendication, contre l'acquéreur d'un immeuble
« vendu par le failli, à une époque où il était encore
« *in bonis*, sous prétexte, que l'acte de vente n'au-
« rait été transcrit que, postérieurement à la cessa-
« tion de paiements et à l'inscription prise, au profit
« de la masse ;

« Le seul droit qui leur appartienne est de se pré-
« valoir de la tardiveté de la transcription, en tant

(1) MM. Lyon-Caen et Renault.

(2) 1860, 1, 393.

« qu'elle pourrait porter atteinte à leur position
« comme créanciers hypothécaires du failli, inscrits
« antérieurement à l'accomplissement de cette for-
« malité ».

Mais, si la transcription avait été opérée après le jugement déclaratif, mais antérieurement à l'inscription de l'hypothèque de la masse, celle-ci devrait respecter cette aliénation.

La même solution devrait être donnée, en cas de constitution de droits réels faites par le failli, telle que : constitution de droits d'usufruit, de servitude, d'anti chrèse, bail de plus de dix huit ans ; tous ces droits, non publiés, ne seront pas opposables à la masse, inscrite conformément à l'article 490 ; publiés avant cette dernière inscription, il seront opposables à la masse des créanciers.

C'est ainsi que l'hypothèque légale est d'un intérêt évident pour la masse dont elle fait un tiers, ayant sur l'immeuble un droit réel, que les autres créanciers doivent respecter.

Quatrième hypothèse. — Nous donnerons un dernier exemple, qui présente plus de difficultés.

Un commerçant acquiert un immeuble dont il ne paie pas le prix ; le jugement déclaratif de faillite intervient, avant la transcription du contrat et l'inscription du privilège du vendeur.

Il est bien évident que ce dernier, en faisant transcrire son titre d'acquisition ne pourra plus inscrire son privilège, à l'encontre de la masse, l'art. 448 Cod. com. est formel, aucune inscription ne peut plus être prise du jour du jugement déclaratif, d'après l'art. 2.108 du Code civil, la transcription comme l'inscription sera inefficace, si elle n'a pas été opérée, avant le jugement déclaratif, mais le vendeur qui a perdu son privilège a-t-il perdu aussi l'action en résolution, à défaut de paiement de prix, que lui accorde l'art. 1,654 du Code civil ? Ne pourra-t-il exercer son action résolutoire à l'encontre de sa masse ?

Sous l'empire du Code civil la question ne faisait aucun doute ; l'action résolutoire survivait à la perte du privilège du vendeur ; mais l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription s'exprime ainsi : « L'action résolutoire établie par l'art. 1,654 du Code civil ne peut être exercée, après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers, qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ».

Dans notre hypothèse, le privilège du vendeur est éteint, la question revient à savoir si ce dernier se trouve en présence de tiers, ayant acquis des droits

réels sur l'immeuble, et ayant conservé leur droits par une inscription ; la doctrine résout ainsi la question : si l'hypothèque de l'art. 490 est inscrite, au profit de la masse, le vendeur pourra exercer son droit de résolution, si, l'hypothèque de la masse n'avait pas été inscrite ; car les créanciers de la masse ont bien un droit réel, mais il ne l'ont pas conservé par une inscription, et il n'est pas opposable au vendeur.

Cette opinion, qui est très controversée, tend à prévaloir aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence.

On y a fait plusieurs objections ; on a dit qu'elle était d'une extrême sévérité à l'égard du vendeur qui perd ainsi toutes les garanties et tous les avantages que la loi lui accordait, pour le paiement de son prix ; mais cette considération de fait ne saurait prévaloir sur le texte précis et décisif de la loi.

Un autre argument, que l'on donne contre cette solution, est celui-ci : l'art. 7 de la loi de 1855, dit-on, exige l'extinction du privilège du vendeur ce qui doit s'entendre de la disparition complète, absolue de ce privilège ; or, en cas de faillite, le privilège n'est pas éteint, il est inefficace relativement à la masse, mais il revivrait, par exemple, après un concordat simple, obtenu par le failli.

On répond qu'à l'égard de la masse, le privilège est bien éteint, le vendeur ne peut s'en prévaloir ; comment l'action résolutoire qui est intimement liée à ce privilège survivrait-elle ?

On a voulu voir aussi dans l'art. 7 de la loi de 1855 qu'un cas particulier de l'article 6 de la même loi, qui ne s'appliquerait par conséquent, qu'en cas de sous-aliénation d'un immeuble et ne pourrait être invoquée, que par un sous-acquéreur ou les créanciers de celui-ci, et non, par d'autres créanciers.

Mais rien n'indique dans ladite loi cette restriction de l'art. 7, qui est, au contraire conçu d'une façon générale et dans l'intérêt public : les intérêts de tous les créanciers doivent être sauvegardés, et l'on ne comprend pas bien comment les droits de la masse ne le seraient pas aussi bien, que ceux des sous-acquéreurs et de leurs ayants-cause.

Parmi un grand nombre de décisions récentes nous citerons en ce sens, un arrêt décisif de la cour de cassation du 25 avril 1890 (1).

« L'action résolutoire de l'art. 1654, dit la cour, est
« intimement liée à la conservation du privilège du
« vendeur et ne peut plus être exercée, après l'ex-
« tension du privilège ;

« Le privilège du vendeur dont l'inscription a été

(1) D. 1891, 1, 145.

« opérée d'office par le conservateur, lors de la
« transcription de l'acte de vente, est éteint au regard
« de la masse des créanciers, si l'inscription n'en a
« été renouvelée qu'après dix ans et postérieurement
« au jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur ;
« l'art. 448 Cod. com., ne permettant en ce cas ni
« l'inscription, ni le renouvellement de l'inscription
« du privilège du vendeur ;

« Par suite le vendeur ne peut exercer l'action en
« résolution contre le syndic représentant la masse,
« qui a fait opérer sur l'immeuble, l'inscription
« prescrite par l'art. 490 Cod. com. ».

Cet arrêt fait une juste application des principes de la doctrine que nous avons exposée précédemment.

D'après l'art. 448 Cod. com., toutes inscriptions, même celles d'office, prises après le jugement déclaratif, sont nulles à l'égard de la masse ; de plus, le syndic de la faillite ayant, comme il en était tenu par l'art. 490, pris inscription au nom de la masse, celle-ci a acquis, sur l'immeuble du failli, un droit qui, dûment conservé, est opposable à l'action résolutoire mise à néant par l'extinction du privilège.

Quelles seraient en effet l'utilité et la valeur de l'inscription prescrite par l'art. 490, si la masse n'avait pas, après l'accomplissement de cette formalité, plus de droit qu'auparavant, contre ceux qui

prétendent se prévaloir sur l'actif de la faillite de droits qu'ils n'ont pas conservés, avant la déclaration de la faillite.

L'inscription de l'hypothèque légale de la masse n'a donc pas seulement pour effet de rendre public l'état de faillite, mais bien de protéger les droits hypothécaires de la masse des créanciers ; et en conséquence, cette inscription prime tous droits ultérieurement inscrits.

Nous venons d'exposer la doctrine la plus généralement enseignée, à savoir que l'inscription prise en vertu de l'art. 490 Cod. com. confère à la masse chirographaire un gage hypothécaire et lui assure la position du tiers, ayant un droit propre sur les immeubles hypothéqués.

Pour nous, ce droit hypothécaire qui se trouve ainsi reconnu au profit de la masse chirographaire, produit effet à partir du jour du jugement déclaratif de faillite et lui assure dès cette époque, la qualité de tiers par rapport au commerçant.

Jusqu'au dessaisissement, les créanciers n'étaient que les ayants-cause du débiteur, et, comme tels, tenus de respecter tous les actes faits par ce dernier, relativement à son patrimoine, sauf le cas

de fraude et les nullités relatives à la période suspecte ; à partir du dessaisissement, ils acquièrent un droit distinct et peuvent demander la nullité de tous les actes qui leur porteraient préjudice.

Il en résulte que la masse peut demander la nullité de tous actes, si les formalités nécessaires pour rendre ces actes parfaits à l'égard des tiers, n'ont pas été accomplies avant l'ouverture de la faillite ; tous ces actes sont inopposables à la masse, et les biens, qui ont été l'objet de transactions, ne cessent pas de faire partie de l'actif de la faillite.

Supposons, par exemple, qu'un débiteur, avant le jugement qui le déclare failli, ait fait donation d'un de ses immeubles : la transcription requise pour rendre ce contrat opposable aux tiers, art. 939 et 941 du Code civil, n'est opérée qu'après le jugement déclaratif ; la donation sera non avenue à l'égard de la masse, et l'immeuble n'en continuera pas moins à figurer, dans l'actif de la faillite.

Serait également non avenue à l'égard de la masse, une cession de créance faite par le débiteur, qui n'aurait été signifiée conformément à l'art. 1690, Cod. civ., qu'après la déclaration de faillite.

Suivant la doctrine que nous combattons, les créanciers de la masse ne sont, au contraire, que des ayants-cause qui n'ont pas plus de droits que leur

débiteur et ne peuvent se prévaloir de droits qui n'appartiennent pas à celui-ci ; seule l'inscription de l'art. 490, en fait des tiers ayant des droits distincts ; tout au plus, certains auteurs admettent-ils que la masse invoque un droit propre et distinct, lorsqu'elle invoque les nullités des art. 446, 447 et suivants du Code de commerce ; car ces textes déclarent nuls ou annulables certains actes faits par le débiteur, depuis l'époque de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent.

Mais il nous semble, qu'il faut aller plus loin et déclarer non opposables à la masse tous actes, qui ne sont pas devenus parfaits à son égard, bien qu'ils ne soient pas soumis aux nullités des art. 446, 447 et 448 Cod. Com.

La masse, du jour du dessaisissement, remplace le failli dans l'administration de ses biens ; elle peut faire tomber tous actes postérieurs au dessaisissement faits par le failli ; ce sont des droits qui n'appartiennent pas au failli ; aussi, la masse se sépare de lui et devient un tiers.

Ainsi donc, à partir du jugement déclaratif de faillite, la masse devient un tiers ayant un droit distinct ; quel est donc ce droit ? Pour nous c'est un droit réel.

Suivant l'opinion générale, il n'existe de droit réel au profit de la masse, que du jour où, l'inscription de

l'art. 490 a été prise, tant que cette hypothèque légale n'est pas inscrite, la masse n'a aucun droit réel sur les immeubles, composant le patrimoine du failli.

Si les créanciers peuvent demander la nullité de certains actes faits par le failli, c'est en vertu de l'action paulienne, art. 1167 Cod. civ., ces actes étant supposés entachés de fraude, par le seul fait de la faillite ; or, l'action paulienne est personnelle et ne confère aucun droit réel.

Nous soutenons, que le dessaisissement confère aux créanciers un droit réel. Sans doute, les actes passés pendant la période suspecte, sont supposés entachés de fraude, au préjudice des créanciers et par ce fait, nuls ou annulables ; mais à partir du dessaisissement, l'action paulienne ne suffit plus pour expliquer la nullité des actes postérieurs.

Il y a plus, en effet, qu'une simple nullité résultant de la fraude, il y a mainmise des créanciers sur le patrimoine du failli, et, indisponibilité du patrimoine à leur détriment.

Telle est l'opinion de Troplong.

Il enseigne, que par le jugement déclaratif de faillite, les créanciers acquièrent un droit réel sur les biens de leur débiteur failli, et passent ainsi dans la catégorie des tiers, dont parle la loi du 23 mars 1855.

Sans doute, il reconnaît bien que le jugement déclaratif de faillite ne dessaisit le failli que de l'administration de ses biens et que, par l'évènement de la faillite, les créanciers n'acquièrent aucun droit de propriété sur les immeubles du failli ; mais, dit-il, « est-ce que la justice n'a pas dessaisi le failli de son « actif, pour que ses créanciers se paient sur cet actif « exclusivement affecté à leurs droits ?

« Est-ce que quoique propriétaire, il peut diminuer « le gage que la justice a remis entre les mains des « créanciers et qui doit leur servir de paiement ?

N'y a-t-il pas là un droit de préférence et un droit de suite ? N'est-il pas naturel de reconnaître que le dessaisissement produit un véritable droit réel analogue à l'hypothèque mais qui, résultant du jugement déclaratif, produit un effet immédiat. On objecte, que nulle part ce droit réel n'est établi dans nos textes, et que s'il existait, le dessaisissement serait comme les actes constitutifs d'hypothèque soumis au droit proportionnel d'engistrement ; qu'importe, répondrons-nous, si les effets du dessaisissement sont tels que ce droit semble indéniable et qu'on en puisse facilement dégager la théorie.

Du reste, n'est-ce pas la théorie romaine que nous avons exposée plus haut, en faisant remarquer l'analogie des situations : la *missio in possessionem*

produit de plein droit un *pignus prætorium*, comme le dessaisissement produit de plein droit, un droit réel de gage au profit de la masse.

S'il en est ainsi, la masse par le seul fait du dessaisissement devient un tiers, et tous les actes passés par le failli, qui ne sont point devenus parfaits, avant cette époque, sont non opposables à la masse, l'hypothèque de l'art. 498 dans notre théorie, n'est qu'un moyen de publicité ajouté aux autres moyens organisés par la loi commerciale, pour faire connaître l'incapacité du failli : c'est un complément du dessaisissement ; l'hypothèque légale ne s'en distingue pas et n'ajoute rien à la situation des créanciers, situation réglée définitivement par le dessaisissement (1).

Qu'arriverait-il donc si le syndic négligeait de prendre l'inscription comme il en est requis par l'art. 490 ? Les tiers, qui auraient traité avec le débiteur, dans l'ignorance du jugement déclaratif, auraient un recours pécuniaire contre le syndic qui est en faute ; mais les actes n'en sont et n'en restent pas moins non opposables à la masse, à dater du dessaisissement ; celle-ci se prévaut de son droit de préférence pour écarter les nouveaux créanciers et de son droit de

(1). M. Thaller. *Traité de Droit commercial*, p. 863.

suite pour suivre les immeubles, en quelque main qu'ils passent.

Si nous reprenons quelques-unes des hypothèses, que nous avons précédemment exposées avec la solution de la doctrine courante, nous donnerons de tout autres solutions.

Soit un commerçant qui a vendu un de ses immeubles, mais la transcription du contrat n'est opérée qu'après le jugement qui le déclare en faillite ; d'après l'opinion contraire et la jurisprudence que nous avons exposée, la masse ne pourra opposer le défaut de transcription et comprendre l'immeuble dans l'actif de faillite, que si l'hypothèque de l'art. 490 a été inscrite antérieurement à la transcription, car c'est uniquement à partir de cette inscription qu'elle est devenue un tiers, qui a des droits sur l'immeuble et les a conservés en se conformant aux lois.

Pour nous, la masse a, du jour du dessaisissement, un droit sur l'immeuble sans qu'il soit besoin de publicité ni d'inscription d'hypothèque, elle peut donc opposer le défaut de transcription, la vente non transcrite ne lui est pas opposable.

Troplong (1) dit excellemment :

« La faillite a été organisée par une loi spéciale ;

(1) *Transcription* n° 148.

« elle forme un système complet qui ne doit pas
« être dérangé par une loi étrangère ; or, d'après le
« code de commerce, le dessaisissement du débiteur
« date du jugement déclaratif de faillite et non de
« l'inscription prise en vertu de ce jugement ; une
« fois la faillite judiciairement déclarée, tous les
« droits sont fixés et arrêtés ; les hypothèques elles-
« mêmes ne peuvent plus être inscrites : tant il est
« vrai que le jugement déclaratif est un moment
« décisif et suprême, d'où résulte une ligne de sépa-
« ration infranchissable. »

Troplong conclut, qu'on ne saurait laisser à l'acquéreur la faculté de transcrire son contrat postérieurement au jugement déclaratif, sans briser l'unité de la loi qui n'a voulu, ni du vouloir que « les intérêts
« de la masse puissent être compromis par la négligence des syndics à requérir inscription ».

Et de même qu'une hypothèque, même valablement constituée, ne pourrait pas être inscrite, après le jugement déclaratif de la faillite, de même l'acquéreur ne peut pas davantage, par une transcription requise depuis le jugement déclaratif, empêcher le syndic de faire inscrire utilement contre lui l'hypothèque créée par la loi commerciale, au profit de la masse laquelle en est irrévocablement investie, dès le jour de la déclaration de faillite, sur tout

immeuble non encore sorti, vis-à-vis des tiers, du patrimoine du débiteur, au moment où sa faillite a éclaté.

La doctrine s'élève avec force contre ce système. Sans doute, dit-elle, le dessaisissement du failli date du jugement déclaratif de faillite et non de l'inscription prise en vertu de ce jugement, mais ce n'est pas de ce dessaisissement que naît pour la masse des chirographaires, le droit d'opposer à un acquéreur dont le titre est antérieur à la faillite la non transcription de son contrat ; ce droit, ils ne le prennent que dans l'inscription de l'hypothèque de l'art. 490, hypothèque qui se rattache au dessaisissement, qui en est la conséquence, mais qui ne se confond pas avec lui, car l'art. 443 Cod. com. ne fait que dépouiller le failli de l'administration de ses biens, pour le transporter à ses créanciers.

Quand un débiteur vend un de ses immeubles, nul ne conteste que cette vente, quoique non transcrite, soit parfaite à l'égard des créanciers chirographaires, comme au regard du vendeur lui-même ; ce débiteur tombe en faillite, et par le seul fait du jugement déclaratif, la masse des créanciers chirographaires pourrait opposer le défaut de transcription ! Que devient alors l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 ?

En admettant même que, par l'effet du jugement

déclaratif, les créanciers acquièrent un droit réel sur l'immeuble du failli, ils ne se sont pas conformés aux lois pour les conserver, c'est seulement par l'inscription de l'hypothèque de l'art. 490, qu'ils deviennent des tiers, au sens de l'art. 3 de la loi de 1855.

L'objection est sérieuse ; nous croyons cependant que les principes généraux des faillites permettent de l'écarter.

Le jugement déclaratif produit de plein droit le dessaisissement du failli (art. 443) ; celui-ci est aussitôt mis dans l'impossibilité de contracter des obligations, de consentir des aliénations ou de constituer des hypothèques à l'encontre de ses créanciers ; la loi, il est vrai, exige que le jugement soit affiché et inséré par extrait dans les journaux, tant du lieu où la faillite a été déclarée, que dans ceux où le failli a ses établissements de commerce (art. 442, Cod. com.) ; mais les effets du dessaisissement ne s'en produisent pas moins immédiatement, ils ne sont pas retardés jusqu'à l'accomplissement de ces formalités. Tous actes du failli postérieurs au jugement déclaratif, ne sont pas opposables à la masse ; il n'est pas nécessaire que l'hypothèque de l'art. 490 soit inscrite, la masse peut immédiatement opposer le défaut de transcription d'un contrat de vente postérieur au jugement.

Nous croyons qu'il en est de même dans notre hypothèse. Qu'importe que la vente ait été consentie antérieurement à la déclaration de faillite, puisque le jugement déclaratif est intervenu et que la situation des créanciers s'est modifiée avant que l'acte transcrit ne leur soit opposable ; pourquoi la loi exigerait-elle en outre la publicité de l'art. 490, inutile quand la vente est postérieure au jugement ! Ce serait peu logique et contraire aux principes généraux qui gouvernent la faillite ; il y aurait dans la loi un défaut de symétrie qu'on ne pourrait s'expliquer. Tant il est vrai que le jugement déclaratif a profondément modifié la situation des créanciers hypothécaires, auparavant ils sont investis des mêmes droits que leur débiteur ; le jugement rendu, ils s'en séparent, acquièrent des droits nouveaux et deviennent des tiers.

L'art. 448 (Cod. com.) vient encore nous fournir un argument ; le jugement déclaratif prononcé, les privilèges et hypothèques ne peuvent plus être valablement inscrits ; si un créancier hypothécaire dont l'hypothèque a été valablement consentie, ne peut plus faire inscrire valablement son hypothèque, au préjudice de la masse, fût-ce le jour même du jugement déclaratif, comment un acquéreur pourrait-il encore par une transcription requise postérieurement

au jugement déclaratif, rendre cette vente opposable à la masse !

Et en effet, que fait l'acquéreur, en faisant transcrire son contrat de vente, si ce n'est inscrire son privilège ?

L'art. 448 s'y oppose.

Autre hypothèse. Un vendeur surpris par la faillite de l'acheteur, qui n'a pas payé son prix, perd son privilège faute d'inscription ; l'action résolutoire survivra-t-elle au privilège ?

Nous avons fait connaître sur ce point l'opinion de la majorité des auteurs et de la jurisprudence : L'action en résolution de l'art. 1654 ne peut être exercée après l'extinction du privilège, au préjudice des tiers qui ont des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et se sont conformés aux lois pour les conserver ; l'action en résolution ne pourrait donc pas être exercée, au préjudice de la masse qui a pris l'inscription de l'art. 490 Cod. com. puisque par cette inscription, elle est devenue un tiers ; pour nous, la masse des créanciers qui a reçu le patrimoine du failli pour l'administrer est un tiers, à dater du des-saisissement et indépendamment de toute inscription ; elle a acquis un droit de gage général, qui la protège contre tout droit nouveau, qui lui serait préjudiciable ; l'action en résolution ne peut plus être

exercée, à l'encontre de la masse. Du reste, l'art. 448 Cod. com. empêche l'inscription du privilège et l'art. 7 de la loi de 1855, lie d'une façon décisive l'exercice résolutoire à celui du privilège.

La loi exige, pour que l'action résolutoire puisse être exercée contre les tiers, qu'elle soit rendue publique ; elle sera rendue publique par l'inscription même du privilège du vendeur.

Or, d'après l'art. 448 Cod. Com., le privilège du vendeur ne pouvant plus être inscrit, l'action résolutoire privée de la publicité qui lui est indispensable ne peut plus être exercée contre les tiers.

Mais, dit-on, la loi se préoccupe des tiers ayant des droits réels et qui les ont conservé en se conformant aux lois ; l'art. 7 de la loi de 1855 n'a pas été édicté dans l'intérêt des créanciers chirographaires de la faillite, n'ayant pas encore inscrit l'hypothèque de l'art. 490.

Comment peut-on douter que la masse soit protégée contre le droit de résolution dès le jugement déclaratif ; investie d'un droit réel de gage sur les biens du failli, elle peut dès maintenant s'opposer à l'inscription du privilège du vendeur art. 448 ; qu'a-t-elle besoin de prendre l'inscription de l'art 490 Cod. Com. pour repousser l'action en résolution, qui ne peut devenir efficace que par l'inscription du privilège.

Elle a, dès le jugement déclaratif, un droit tel, qu'elle peut méconnaître tout droit nouveau, qui pourrait lui préjudicier.

Ainsi, le jugement déclaratif, en enlevant au failli l'administration de ses biens confère aux créanciers un véritable droit, réel, qui devient immédiatement efficace, n'étant affecté d'aucune condition de publicité; dès que la faillite est déclarée, il n'est plus permis d'achever ou de compléter des actes jusqu'ici imparfaits.

Tel est l'esprit de la loi.

Ainsi les rapports du failli et de ses créanciers sont tels, qu'une hypothèque au profit de ces derniers paraît superflue. Si le failli s'oblige, aliène, hypothèque, les obligations aliénations, hypothèques sont radicalement nulles; l'hypothèque de l'art. 490 n'a aucun intérêt; qu'elle naisse après l'homologation du concordat, quand le failli est remis à la tête de ses affaires, on le comprend, mais tant que dure le dessaisissement, il n'existe aucun danger sérieux duquel elle puisse préserver les créanciers.

En prenant l'inscription de l'art. 490, on ne fait que publier le droit de gage des créanciers, droit de gage né du dessaisissement et que l'on a souvent comparé à une véritable hypothèque.

C'est une publicité de la faillite.

Il nous reste à voir l'intérêt pratique de cette hypothèque, après la clôture de la faillite.

Deuxième section

De l'utilité de l'hypothèque légale après la clôture de la faillite

L'art. 517, C. com., dont nous avons parlé à diverses reprises, nous signale un des effets utiles de l'hypothèque de la masse, en cas de concordat simple ; cet effet est incontestable et incontesté.

L'art. 517, Cod. com., est ainsi conçu : « L'homologation conservera à chacun des créanciers sur
« les immeubles du failli, l'hypothèque inscrite, en
« vertu du troisième paragraphe de l'art. 490 ; à cet
« effet, les syndics feront inscrire aux hypothèques,
« le jugement d'homologation à moins qu'il n'en ait
« été décidé autrement par le concordat ».

Le concordat est une des solutions de la faillite, c'est un compromis entre le failli et ses créanciers, par lequel, ceux-ci remettent le failli à la tête de ses affaires, en lui accordant, des délais et autres facilités de paiement, et le plus souvent aussi, des remises.

Quand le bilan a été dressé, quand la date de la cessation des paiements a été fixée définitivement

et quand il a été procédé à la vérification et à l'affirmation des créances, l'assemblée des créanciers, représentant la majorité de ceux-ci et les deux tiers au moins des créances vérifiées, affirmées ou admises par provision, peut accorder un concordat au failli, pourvu qu'il n'ait pas été condamné comme banqueroutier frauduleux ; ce concordat doit être homologué par le tribunal de commerce ou par la Cour d'appel.

Le concordat intervenu, notre hypothèque en garantit l'exécution.

Ainsi, l'hypothèque légale continue de frapper les immeubles du failli ; il est vrai qu'elle n'existe plus au profit de la masse comme avant le concordat, car il n'y a plus de masse de créanciers ; elle existe au profit de chacun des créanciers.

Grâce à notre hypothèque, ces derniers seront préférés aux créanciers postérieurs au concordat, et qui auraient traité avec le failli remis à la tête de ses affaires.

Il est évident et l'art. 517 l'indique, que l'hypothèque ne subsiste que jusqu'à concurrence des sommes, dont il se trouve débiteur par suite de son concordat.

Si le failli concordataire vend un de ses immeubles, chacun des créanciers pourra exercer le droit de suite contre les tiers acquéreurs.

Il est important de faire remarquer combien est différente la situation des créanciers pouvant invoquer l'hypothèque légale, avant le concordat et après le concordat.

Avant le concordat, les créanciers sont protégés par le dessaisissement contre tous les actes faits par le failli et le dessaisissement les protège d'une façon énergique, car les actes du failli sont nuls et nonavenus à l'égard de la masse ; après le concordat, l'hypothèque seule protège chacun des créanciers.

Si donc le failli vend un de ses immeubles l'acte sera valable, aucun des créanciers ne peut s'opposer à cette vente ; ils pourront, il est vrai, exercer le droit de suite contre l'acquéreur. mais ce dernier a la faculté de purger et de forcer ainsi les créanciers à accepter les offres ou à surenchérir.

Le droit de suite est moins avantageux que le dessaisissement.

L'art. 517 nous dit à quelles conditions chacun des créanciers conservera son hypothèque ; il prescrit aux syndics d'inscrire au bureau des hypothèques le jugement d'homologation du concordat ; les syndics présenteront un nouveau bordereau et requerront l'inscription, en mentionnant le jugement d'homologation.

Cette inscription ne fait pas double emploi comme

on pourrait le croire, avec l'inscription déjà prescrite par l'art. 490 ; il ne s'agit plus de faire connaître l'hypothèque de la masse déjà inscrite ; cette nouvelle mesure de publicité avertira les tiers de la nouvelle phase dans laquelle entre notre hypothèque, quelle somme elle garantit, jusqu'à concurrence de quelle somme chacun des créanciers en profite. Cela résulte de l'art. 517, qui stipule que l'inscription ne fait que conserver l'hypothèque inscrite de l'art. 490. Nous avons, du reste, précédemment réfuté cette théorie qui fait faire résulter l'hypothèque du jugement d'homologation.

TROISIÈME PARTIE

Comment prend fin l'hypothèque de la masse

La faillite d'un commerçant a été déclarée, et les syndics ont pris sur les immeubles du débiteur failli, l'inscription de l'art. 490, Cod. com., nous avons à examiner, quand et comment cette hypothèque prendra fin.

Pour cela, nous prendrons successivement les diverses solutions de la faillite, et nous verrons dans chacune d'elle, quelle est le sort de l'hypothèque légale.

La faillite peut aboutir, soit à un concordat simple, ou par abandon d'actif, ou amiable, soit à l'union.

S'il y a concordat simple, nous avons vu en étudiant l'art. 517, Cod. com., que l'homologation conservait à chacun des créanciers sur les immeubles du failli l'hypothèque inscrite, en vertu de l'art. 490, C. com. ; nous avons insisté sur ce point et montré que, selon nous, c'était même le seul cas où l'hypothèque légale présentait une utilité incontestable.

Ainsi, en cas de concordat simple, notre hypothèque subsiste au profit de chacun des créanciers, qui, grâce à elle, primeront les créanciers, envers lesquels, le failli concordataire s'est obligé postérieurement au concordat ; il est entendu que l'hypothèque ne subsiste, que si les créanciers n'y renoncent pas dans le concordat, et seulement dans la mesure où le failli concordataire est tenu, d'après le concordat, à payer ses dettes ; l'inscription requise en vertu de l'art. 517, indique à quelle somme s'élève cette hypothèque de la masse qui profite désormais à chaque créancier individuellement.

Cette inscription est, conformément au droit commun, sujette à péremption et doit être renouvelée tous les dix ans.

Le failli ne pourra obtenir mainlevée de l'hypothèque légale qui frappe ses immeubles, tant qu'il

n'aura pas exécuté intégralement son concordat et désintéressé tous ses créanciers ; s'il en est ainsi, il peut demander mainlevée de l'hypothèque ; il doit l'obtenir de tous ses créanciers ou la faire ordonner par le tribunal et en supporter les frais.

En cas d'aliénation d'un immeuble frappé de l'hypothèque de l'art. 490, par le failli concordataire ; nous rentrons dans le droit commun, l'acquéreur devra procéder à la purge des hypothèques.

Avant la loi du 4 mars 1889, on discutait sur le point de savoir, quels étaient les effets d'un contrat amiable intervenu, après que le jugement déclaratif avait acquis force de chose jugée.

Certains auteurs soutenaient que le concordat amiable faisait cesser tous les effets du jugement déclaratif ; il n'y avait plus lieu de se préoccuper du jugement déclaratif ni de ses suites ; le concordat amiable, seul, faisait la loi des créanciers, le dessaisissement prenait fin et avec lui disparaissait l'hypothèque de la masse.

Malgré quelques arrêts de jurisprudence en ce sens, cette opinion n'avait pas prévalu et à juste titre, croyons-nous.

Le concordat amiable conclu après la faillite laissait subsister le jugement déclaratif, avec tous les effets qui y sont attachés. Et, en effet, le concordat

amiable ne peut être conclu qu'avec l'assentiment de tous les créanciers sans distinction ; or, est-on jamais sûr, même quand l'affirmation et la vérification des créances ont eu lieu, que tous les créanciers soient connus, aient consenti au concordat ? Est-on jamais sûr que leurs droits soient sauvegardés ?

Seul un concordat judiciaire, avec les formalités qui sont prescrites pour les créanciers inconnus, peut sauvegarder les droits de tous ; donc, la faillite subsistait avec tous ses effets.

Mais depuis la loi du 4 mars 1889, on a mis en doute la validité même de ses traités intervenus après la déclaration de faillite.

Cette loi dans son art. 16 déclare « nuls et sans « effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à « l'égard des tiers, tous traités et concordats qui, « après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'au-
« raient pas été souscrits dans les formes ci-dessus « prescrites ».

C'est la condamnation même des concordats amiables. Ce qui est dit pour les liquidations judiciaires doit s'entendre *a fortiori* des concordats après faillite ; la loi a pris soin de désigner elle-même les contrats qui peuvent valablement intervenir.

Si la faillite aboutit à l'union des créanciers, les syndics, chargés de procéder à la réalisation de

l'actif et d'opérer la répartition du prix entre les créanciers, poursuivent la vente des immeubles dans la huitaine de la déclaration de l'union, sous l'autorisation du juge commissaire, suivant les formes prescrites, pour la vente des biens des mineurs. art. 573 Cod. com.

La vente se fera par adjudication publique, soit devant un notaire, soit devant le tribunal civil, selon que ce tribunal l'ordonnera ; elle sera précédée de la publicité requise (affiches et insertions dans les journaux) et elle s'ouvrira sur un cahier des charges, dressé par l'avoué ou le notaire.

La surenchère est possible, mais ici elle ne peut se faire dans la quinzaine et elle est du dixième du prix, en vue de faciliter la vente des immeubles de la faillite, art. 573 Cod. com.

La question de savoir si cette adjudication des biens de la faillite purge les immeubles de tous privilèges et hypothèques, a été vivement controversée.

La raison de douter est que, au lieu d'appliquer les règles ordinaires de la vente sur saisie immobilière, dans laquelle la purge se produit, et le droit des créanciers se trouve transformé en un droit de préférence sur le prix, la loi rend applicable à la vente des immeubles dans la faillite les règles de la

vente des biens de mineurs, ou le droit de suite subsiste au profit des créanciers.

Il semblerait donc que l'adjudicataire, après le délai de quinzaine pour la surenchère, devrait faire offre de son prix aux créanciers inscrits et les forcer à l'accepter ou à surenchérir du dixième dans le délai de quarante jours ; c'est une garantie pour les créanciers inscrits qui n'ont pas été avertis de la vente.

Néanmoins, cette opinion n'a pas prévalu en jurisprudence et l'adjudication, dans hypothèse, vaut purge, à l'égard des créanciers comme dans la vente sur saisie.

Les formalités prescrites pour la faillite, l'ouverture de l'union ont suffisamment averti les créanciers de l'adjudication des immeubles et le délai de quinze jours pour surenchérir du dixième, sont une garantie suffisante pour les créanciers.

Telle est l'avis de la jurisprudence, qui favorise ainsi l'adjudicataire et la masse en rendant les enchères plus faciles.

La solution ne s'appliquerait pas aux créanciers inscrits du chef d'un précédent propriétaire, qui n'étaient pas créanciers personnels du failli, ne seraient pas avertis de la vente ; à leur égard, l'adjudication n'emporte point purge.

Ainsi l'adjudication des immeubles suivie ou non de surenchère emportera purge de l'hypothèque légale de la masse, en cas de vente après union ; nous donnerons une solution identique, en cas de concordat par abandon d'actif, l'art. 541 du Code de commerce prescrivant, que la liquidation de l'actif, se fait dans les mêmes formes, qu'en cas d'union.

Nous avons réservé pour la fin, la grave question de savoir ce que devient l'hypothèque légale de la masse, en cas de résolution ou d'annulation du concordat.

Dans ce cas deux groupes de créanciers se trouvent en présence, les créanciers postérieurs au concordat, qui ont traité avec le failli concordadaire, relevé de son incapacité, depuis le concordat par la masse des créanciers qui a consenti au concordat et la masse des créanciers elle-même.

Il semblerait que les nouveaux créanciers qui ont traité avec le failli sur la foi du concordat, dussent être préférés aux créanciers anciens, car ceux-ci ont rendu au failli sa pleine capacité et rendus valables tous ses engagements ultérieurs ; mais la loi, ne voulant pas établir de préférence entre les deux classes, a décidé qu'elles concouraient ensemble.

Bien plus les créanciers de la masse ont l'hypothèque légale de l'art. 490, conservée par l'inscription

de l'homologation du concordat, art. 517 Code com.; cette hypothèque leur permettra de primer sur les immeubles qui dépendent de l'actif, tous autres créanciers postérieurs mais seulement à concurrence des sommes qui figurent dans le concordat.

Telle est l'opinion généralement enseignée.

Mais, d'après l'opinion que nous avons admise, l'hypothèque légale, durant le cours de la faillite ne se distinguait pas du dessaisissement ; le dessaisissement ayant cessé avec le concordat, l'hypothèque garantissait les nouvelles prestations du failli ; mais puisque le concordat est annulé ou résolu, l'hypothèque légale doit disparaître avec lui ; la faillite recommence, le dessaisissement renaît au profit de tous les créanciers antérieurs ou postérieurs au concordat ; la loi ne semble, en effet, faire aucune différence entre ces créanciers.

De l'hypothèque légale dans la liquidation judiciaire.

Pour simplifier notre sujet, nous n'avons étudié l'hypothèque légale que dans la faillite et nous avons omis à dessein de l'étudier dans la liquidation judiciaire.

La masse est aussi investie, en cas de liquidation

judiciaire, d'une hypothèque générale sur les immeubles du débiteur. Cette hypothèque présente les mêmes caractères, et produit identiquement les mêmes effets, qu'en cas de faillite.

Nous noterons seulement une différence entre les deux situations, différence relative au délai dans lequel doit se prendre l'inscription.

Dans la faillite, d'après l'art. 490 Cod. com., les syndics sont tenus de prendre inscription, mais aucun délai ne leur est imparti pour remplir cette formalité : l'art. 4 de la loi de 1889 prescrit aux liquidateurs provisoires de prendre inscription au nom de la masse dans les vingt-quatre heures de leur nomination : l'inscription est reçue sur un simple bordereau, énonçant qu'il y a liquidation et relatant la date du jugement, par lequel les liquidateurs ont été nommés.

QUATRIÈME PARTIE

Rapprochement entre la faillite et la déconfiture

Il était intéressant de faire à propos de notre hypothèque, un rapprochement entre la faillite et la déconfiture ou faillite d'un non-commerçant ; celle-ci se manifeste par la saisie des biens pratiquée par un ou plusieurs créanciers,

Nous retrouvons en effet, dans le cas d'une saisie faite sur les biens du débiteur, les mêmes questions que nous avons étudiées dans la faillite, questions qui naissent du jugement déclaratif : quels sont les effets de la saisie ? Quels droits elle confère aux créanciers qui la pratiquent, et fait perdre au débiteur saisi, en un mot, quel est le principe général, d'où découlent les règles propres aux saisies ?

Ces questions sont également très controversées.

Pour plus de clarté, nous supposerons une saisie valablement opérée sur les immeubles d'un débiteur, dénoncée et transcrite.

Un point est certain, cette saisie restreint dans une large mesure, les droits du débiteur sur son immeuble.

Le saisi perd la jouissance de ses biens, s'il est maintenu en possession, c'est comme sequestre judiciaire ; il peut même sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers être dépouillé de l'administration de ses biens, art. 681 P.

Les fruits naturels ou civils sont immobilisés à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués, avec le prix de l'immeuble, suivant l'ordre des hypothèques, art. 682, 685 Pr.

Si l'immeuble est loué, une simple opposition vaut saisie-arrêt entre les mains du fermier ou locataire

qui ne peut se libérer, qu'en exécution de mandements de collation, ou par versements à la caisse des dépôts et consignations, 685 Pr.

Enfin la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription, aliéner les immeubles à peine de nullité, art. 686 Pr.

En vertu de quel principe, le créancier saisissant fera-t-il tomber ces actes qui lui sont préjudiciables.

Invokera-t-il une fraude présumée l'action paulienne étendue ?

On l'a soutenu ; il est certain que, si les créanciers se font autoriser en justice à procéder eux-mêmes à la vente de la récolte, s'ils pratiquent des oppositions entre les mains des fermiers ou locataires, s'ils établissent un sequestre étranger, c'est par un sentiment de défiance contre leur débiteur ; c'est la crainte de la fraude qui les fait agir.

Mais cette présomption de fraude ne peut expliquer tous les actes ; quand la loi déclare nulle la vente postérieure à la transcription de la saisie, ce n'est pas tant sur le fondement d'une fraude présumée, que pour assurer au créancier que le bien saisi sera vendu le plus haut prix possible ; de même la présomption de fraude est insuffisante pour expliquer l'immobilisation des fruits, loyers et fermages.

Nous dirons plutôt avec certains auteurs (1), que la

saisie transcrite opère le dessaisissement du débiteur, comme le jugement déclaratif opère le dessaisissement du failli, et qu'elle confère au créancier saisissant un droit nouveau, un véritable droit réel à l'encontre des tiers.

S'il en est ainsi, comme nous chercherons à le faire ressortir, il y a une analogie entre la saisie et le jugement déclaratif, qui a dessaisi le failli et conféré à la masse un droit réel.

A partir de la transcription de la saisie, le débiteur est dessaisi ; sans doute il conserve la propriété de l'immeuble saisi ; mais il est frappé d'incapacité générale quant à ce bien ; il perd le droit d'administration et de disposition ; les actes par lui passés, en dehors de l'incapacité qui le frappe, sont nuls et nonavenus à l'égard des créanciers saisissants.

En somme, les biens saisis sont frappés d'une mainmise judiciaire au profit des créanciers ; à quoi servirait aux créanciers d'user des voies d'exécution, s'il était permis au débiteur de dérober aux poursuites des créanciers, ce qui forme leur gage, pour que la saisie soit effective, il faut que les créanciers puissent se payer sur l'objet saisi ?

(1) Seligman. *Saisie immobilière*, n° 59. Berger. *Transcription* n° 284. M. Labbé. Note Sirey (sous l'arrêt *Chambre Requête*), 25 J. 1877, I. S. 77, 1, 441.

Il y a donc incapacité générale du failli qui s'étend à tous les actes qui pourrait porter préjudice au saisissant. Ce principe du dessaisissement peut seul expliquer l'art. 1242 du C. civil, qui déclare non valable, un paiement fait au préjudice d'une saisie ou d'une opposition et l'art. 1298 C. civ. qui ne permet pas au tiers-saisi d'opposer la compensation, de même l'art. 686 Proc. civ. est une conséquence nécessaire des principes du dessaisissement.

La loi, il est vrai, ne pose pas d'une façon générale le principe du dessaisissement, comme dans la faillite, elle n'a pas prévu tous les actes que peut faire un débiteur saisi et n'a pas prononcé la nullité de tous, mais le principe reste certain.

On conteste, que le saisi ait perdu la faculté d'hypothéquer son immeuble, et l'on hésite sur l'interprétation qu'il convient de donner au mot « aliéner » de l'art. 686 Pr., mais, outre que la constitution d'hypothèque est bien une aliénation partielle, tous les articles qui règlent l'incapacité de recueillir les fruits, de recevoir les loyers et arrérages, indiquent assez, que le législateur a entendu établir le dessaisissement.

Quelques auteurs ont même prétendu que le dessaisissement avait un caractère absolu et que cette incapacité générale du débiteur s'étend non seule-

ment à tous ses biens, mais peut être invoqué par tous les créanciers.

On conçoit très bien en effet en théorie, que la saisie doive profiter à tous les créanciers et que l'un d'eux pratiquant une saisie, ou intentant l'action paulienne contre un tiers soit un gérant d'affaires de tous ; cette situation, nous l'avons rencontrée dans la faillite, la loi l'a organisée spécialement, mais en droit civil rien de semblable, les textes même s'y opposent.

L'art. 1242 (Cod. civ.) déclare le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie-arrêt non valable à l'égard des créanciers saisissants et opposants ; ce qui revient à dire, à l'égard de tous autres créanciers le paiement sera valable ; de même l'art. 687 Proc., valide l'aliénation faite, nonobstant une saisie immobilière, si l'acquéreur consigne somme suffisante pour désintéresser les créanciers inscrits et les saisissants ; l'incapacité ne peut donc être opposée que par les saisissants.

Du reste, comment comprendre que le saisissant en agissant, a défendu les intérêts de personnes qu'il ne connaissait pas, de créanciers ignorés et non ses seuls intérêts ?

La loi aurait pu organiser une procédure collective et appeler par une publicité tous les créanciers inté-

ressés à la sortie et à la vente des biens, elle l'a fait dans la faillite, mais non en cas de déconfiture.

Ainsi dans l'une et dans l'autre nous retrouvons le dessaisissement ; en cas de saisie, le dessaisissement est complet mais relatif, c'est-à-dire qu'il ne peut être opposé que par les créanciers parties à la poursuite, dans la faillite, il y a dessaisissement absolu au regard de la masse.

Bien plus, nous croyons que, de même, que la masse dans la faillite acquiert du jour du jugement déclaratif un droit réel, le saisissant acquiert du jour de la transcription du procès-verbal, un droit réel opposable aux tiers.

Le saisissant a acquis le droit de se payer sur le prix de l'immeuble ; les biens ainsi placés sous la main de la justice deviennent pour lui un gage, il a un droit de suite et un droit de préférence.

L'art. 686 pr., en permettant au saisissant de méconnaître une aliénation postérieure lui reconnaît un droit de suite contre les tiers acquéreurs ; il est difficile, de ne pas reconnaître au même saisissant, un droit de préférence, dans ce droit de critiquer les actes postérieurs à la saisie et de faire annuler les dits actes ; on objecte que notre Code de procédure ne reconnaît plus le privilège de premier saisissant et que tous les opposants s'ils n'ont d'ail-

leurs d'autres titres de préférence, viennent concourir également à la distribution des deniers, cela prouve seulement, que la saisie profite à tous les créanciers, mais non qu'elle ne constitue pas un droit réel pour le saisissant ; celui-ci du reste, n'en conserve pas moins seul la faculté de faire annuler certains actes.

M. Labbé (1) s'exprime ainsi :

« Au-dessus des textes, il y a une raison suprême
« qui nous a toujours persuadé : Cela est, (le droit
« réel existe), parce que cela doit être ; autrement la
« saisie serait un non-sens. Un créancier chirogra-
« phaire a suivi la foi de son débiteur ; oui ; il doit
« suivre et subir les variations de la fortune de ce
« débiteur ; oui. Tout cela est vrai, mais avec une
« limite, tout cela doit être observé jusqu'à ce que,
« étant démontré que le débiteur ne paiera pas
« bénévolement, le créancier use des armes légales
« pour arriver au paiement ; Alors il entre en lutte
« contre le débiteur ; il pratique des saisies dont
« l'effet doit être indépendant de la volonté et des
« actes du débiteur ; or, un effet juridique produit
« sur un bien et, qui est désormais indépendant de
« la volonté du propriétaire mérite le nom de droit
« réel. »

(1) Note Sirey sous l'arrêt signalé plus haut.

Il s'en faut de beaucoup que ces principes soient unanimement reconnus ; la saisie, dit-on ne figure pas parmi les actes mentionnés par les art. 1 et 2 de la loi de 1855 ; la transcription ne change en rien la condition des créanciers et ne leur confère aucun droit nouveau ; elle n'est requise qu'à titre de publicité.

Qu'importe, dirons-nous, que le législateur n'ait pas mentionné ce droit réel, s'il ressort clairement de l'étude des principes généraux.

Donc la saisie confère au saisissant un droit réel du jour de la transcription de la saisie ; nous ne suivrons pas ce principe dans toutes ses conséquences, nous en montrerons cependant quelques-unes des plus controversées.

Si la saisie procure un droit réel, la saisie pratiquée sur un immeuble entre dans le système des actes entre lesquels, aux termes de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, l'antériorité de la publicité est la règle des conflits.

Nous savons qu'une aliénation consentie postérieurement à la transcription de la saisie est nulle à l'égard du saisissant, art. 686 proc. civ., que déciderons-nous en cas d'aliénation consentie avant, mais transcrite après la transcription de la saisie ?

Il y a sur ce point trois systèmes.

D'après un premier système, la vente est valable, les créanciers saisissants quels qu'ils soient ne peuvent la méconnaître ; l'art. 3 de la loi de 1855 ne protège pas les saisissants, qu'ils soient hypothécaires ou chirographaires ; s'ils sont chirographaires, ils n'acquièrent aucun droit nouveau sur l'immeuble ; ils ne peuvent se payer sur le bien ; s'ils sont hypothécaires, ils agissent comme saisissants et non comme hypothécaires, la saisie qu'ils pratiquent n'ajoute rien à leur droit d'hypothèque, ils pourront exercer leur droit de suite, en pratiquant une nouvelle saisie sur le tiers acquéreur.

D'après un second système admis par la jurisprudence, les créanciers chirographaires n'ont plus aucun droit sur l'immeuble, les hypothécaires peuvent pratiquer la saisie sur l'immeuble en ne tenant aucun compte de la vente, car ils sont des tiers, aux termes de la loi de 1855, et sont fondés à prétendre, que la vente faite par le propriétaire, mais non transcrite avant l'inscription de son hypothèque, ne peut être opposé.

Mais, il est vrai que le créancier hypothécaire a acquis un droit réel et que la vente transcrite postérieurement à son inscription ne puisse lui être proposée, c'est en tant seulement que la vente postérieure ne portera aucune atteinte à son droit hypo-

thécaire, mais son droit ne va pas jusqu'à frapper d'indisponibilité entre les mains du débiteur les immeubles de celui-ci ; les biens vendus, il exerce son droit sur le prix et peut surenchérir,

Il y a du reste dans ce système une différence entre les saisissants créanciers hypothécaires et chirographaires qu'on ne s'explique pas, les effets de la saisie sont les mêmes quels que soient les saisissants, l'art. 686 Pr. le prouve bien.

Dans un troisième système qui est celui que nous soutenons, la vente est inopposable aux créanciers saisissants, car ils ont depuis la transcription de la saisie un droit réel ; ils peuvent invoquer à leur tour l'art. 3 de la loi de 1855, car ils se sont conformés aux lois pour conserver leurs droits.

L'argument le plus sérieux que donnent les adversaires de ce droit réel est celui-ci ; l'immeuble vendu est sorti du patrimoine du débiteur par l'effet de la vente ; donc la saisie, opérée par les créanciers, est non avenue comme faite sur un *non domino* ; la transcription de la saisie ne rendra pas valable un acte nul.

C'est un cercle vicieux, la question est précisément de savoir, si à l'égard du saisissant, l'immeuble est la propriété d'autrui et si par suite de la

transcription de la saisie, le bien est sorti du patrimoine du saisi.

Un créancier qui obtient un droit réel ou une hypothèque peut s'inscrire sur un immeuble vendu jusqu'à la transcription ; tel est le cas de notre créancier saisissant.

Nous avons rencontré la même difficulté en cas de faillite et nous avons admis que le jugement déclaratif confère à la masse un droit réel ; elle devient un tiers, auquel la vente non transcrite n'est pas opposable.

Nous admettrons de même que postérieurement à la saisie, aucune inscription d'hypothèque ou de droit réel ne peut être prise à l'encontre des créanciers saisissants ; l'art. 686 est conçu en termes assez généraux pour prohiber l'inscription de privilèges ou hypothèques ; du reste la loi interdit au débiteur tous actes susceptibles de diminuer le gage.

Supposons maintenant, qu'une cession de loyers d'un immeuble, inférieure à trois années ait été faite par un propriétaire débiteur, et régulièrement signifiée au locataire ou acceptée par lui, dans un acte authentique, et cela avant la transcription de la saisie, sera-t-elle opposable aux créanciers saisissants ?

Cette question très grave est très controversée relativement aux créanciers hypothécaires.

On admet, généralement, que pareille cession, depuis la loi de 1855, rentre dans les actes d'administration permis à un débiteur et qu'un créancier hypothécaire est obligé de la subir bien que son inscription soit antérieure, les loyers et fermages n'étant immobilisés que depuis la transcription de la saisie ?

Toutefois, la question est l'objet d'une grave controverse et la solution dépend du parti que l'on prend, dans une question encore plus grave et dans l'étude de laquelle nous n'entrerons pas, à savoir : l'immobilisation des fruits civils ou naturels est-elle un effet de l'hypothèque ou de la saisie (1).

Quant aux créanciers chirographaires, la cession leur est opposable ; mais si une pareille cession ne devient parfaite que postérieurement à la transcription de la saisie, elle est nulle puisque les fruits sont immobilisés (2).

Si la cession des loyers est supérieure à trois années, elle doit être transcrite ; transcrite postérieurement à l'inscription prise par les créanciers hypothécaires, elle est inopposable à ceux-ci, art. 3

(1) D. 1895, II, 385 et la note de M. de Loynes.

(2) D. 1895, II, 190, note de M. Glasson,

de la loi 1885 ; transcrite antérieurement à la transcription de la saisie, elle est opposable aux créanciers chirographaires, si elle n'est transcrite que postérieurement, ceux-ci invoquant leur droit réel pourront, d'après notre opinion, faire réduire à trois ans la cession.

Tels sont, selon nous, les effets de la saisie ; on voit que certains de ses effets sont produits par le jugement déclaratif et une comparaison sur ce point s'imposait.

CHAPITRE III

I. EXAMEN CRITIQUE DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA MASSE DANS LA FAILLITE EN DROIT FRANÇAIS. — II. SOLUTION DES PRINCIPALES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

I

Les principales législations européennes ont admis le principe du dessaisissement ; partout, la faillite a pour principal effet, d'enlever au débiteur l'administration de ses biens, de frapper de nullité, à l'égard de la masse des créanciers, ses actes postérieurs et de conférer la gestion de son patrimoine à un administrateur.

Cette mesure se justifie par plusieurs raisons comme nous l'avons déjà indiqué ; et d'abord, il convient de préserver le patrimoine du failli des atteintes, qui pourraient réduire à rien l'actif déjà fort ébranlé ; soit par suite de négligence, soit par fraude, la situation du débiteur est devenue précaire ; il a dilapidé sa fortune et ce qui est plus grave, le gage de ses créanciers ; il convient, pour préserver ce qui lui

reste encore, de confier la gestion de son patrimoine à des mains plus capables.

De plus, il est indispensable de fixer une époque, où la situation des créanciers soit nettement déterminée, époque où la liquidation puisse commencer, où, par conséquent, l'actif et le passif puissent être irrémédiablement arrêtés.

Enfin, les droits des créanciers sont égaux (à part les causes de préférence); il faut, qu'aucun d'eux ne soit favorisé et qu'à une époque déterminée, aucun d'eux ne puisse recevoir un paiement au préjudice des autres.

Ainsi, à partir du dessaisissement, le failli est incapable de faire un acte quelconque de disposition; dès cette époque, ces actes sont inopposables à la masse des créanciers; mais les législations européennes n'ont pas réglé d'une manière uniforme, l'époque du dessaisissement.

En droit français, le dessaisissement commence au jour du jugement déclaratif; la loi ordonne bien des mesures de publicité destinées à porter ce jugement à la connaissance des tiers, art. 442, C. com.; mais cela n'empêche que le dessaisissement produise tous ses effets le jour du jugement déclaratif; passé ce délai, le tiers qui aurait traité avec le failli, aurait fait une opération nulle et ne pourrait arguer de sa

bonne foi, c'est-à-dire de l'ignorance du jugement.

Cette règle a paru sévère et même injuste à beaucoup de bons esprits, car elle a pour conséquence, de présumer connu des tiers le jugement déclaratif, avant qu'il ait été porté à leur connaissance, et de porter préjudice à ceux qui auraient contracté de bonne foi, après le jugement déclaratif ; d'autant plus que ce système est contraire au système adopté pour la transmission de la propriété immobilière, toute aliénation d'immeuble, d'après la loi du 23 mars 1855, n'étant opposable au tiers, que du jour où elle a été rendue publique par la transcription ; il serait conforme à la justice d'appliquer un semblable régime à la faillite, et de ne rendre le dessaisissement efficace, que lorsque le jugement a été publié, et est connu ou censé connu des tiers.

Tel est, le système adopté par certaines législations commerciales étrangères, notamment par les législations allemande et autrichienne ; et il nous paraît, comme nous le verrons bientôt, sauvegarder pleinement les droits des tiers, qu'il protège contre de véritables injustices.

Ces réserves faites sur le système français, et la question de la publicité mise à part, il convient d'approuver pleinement le principe du dessaisissement qui est, pour ainsi dire, essentiel en matière de

faillite et que nous résumerons ainsi : incapacité pleine et entière du failli, du jour du jugement déclaratif censé connu, résultant d'une sorte de mainmise générale des créanciers sur le patrimoine du failli.

Quand donc la loi française prescrit aux syndics de requérir inscription de l'hypothèque sur les immeubles du failli, on peut y voir une mesure supplémentaire de publicité de la faillite : l'inscription prise sur les registres hypothécaires avertit les tiers que lesdits immeubles ne peuvent être, ni vendus, ni hypothéqués par le failli : mais que cette inscription fasse naître une véritable hypothèque, ce qui n'est pas douteux, on peut en contester l'utilité.

Comme nous l'avons démontré dans notre précédent chapitre, le dessaisissement par lui-même emporte une sorte d'hypothèque générale sur le patrimoine du failli, qui devient le gage de tous les créanciers ; par suite, toutes aliénations et hypothèques sont, dès le jugement déclaratif rendues impossibles ; pourquoi compliquer la matière de la faillite d'une nouvelle hypothèque qui n'y ajoute rien ; l'hypothèque légale de l'art. 490 n'est d'aucune utilité ; ce n'est plus qu'une mesure de publicité tardive ; qu'on renvoie à l'époque de la prise de cette inscription tous les effets du dessaisissement relatifs aux immeubles,

cela se conçoit, mais, à quoi bon faire naître une nouvelle hypothèque, qui n'ajoute rien à celle qui résulte du dessaisissement.

Il est vrai qu'en cas de concordat simple, l'hypothèque de l'art. 490 présente une réelle utilité ; c'est même le seul cas où nous ayons reconnu un des effets utiles incontestables de notre hypothèque, puisqu'elle conserve aux créanciers concordataires la préférence sur tous autres créanciers postérieurs, pour les sommes stipulées à chacun d'eux dans le concordat (art. 517, Cod. com.).

Mais dans cette hypothèse, il semble plus rationnel de faire prendre naissance à l'hypothèque dans le concordat et non dans le jugement déclaratif ; jusqu'au concordat, les créanciers seront garantis par le dessaisissement ; le concordat accordé, l'hypothèque légale prendrait naissance et garantirait à chacun des créanciers le paiement des dividendes à lui affectés : ou mieux encore, les créanciers n'accorderaient le concordat que moyennant la garantie d'une hypothèque que le failli leur consentirait sur ces immeubles ; ce serait une hypothèque conventionnelle.

Cette solution est adoptée par le Code de commerce italien.

La seule difficulté vraiment sérieuse en cette

matière, celle qui donne quelque raison d'être à notre hypothèque et lui conserve de nombreux partisans, est relative aux actes de mutation de la propriété immobilière ; nous en avons longuement parlé précédemment, il ne sera pas inutile d'y revenir.

D'après la loi du 23 mars 1855, art. 3, les seuls tiers qui puissent se prévaloir du défaut de transcription, sont les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois : de ce texte, qui restreint arbitrairement le nombre des tiers, on a conclu que lorsqu'une vente a été faite par le débiteur antérieurement au jugement déclaratif, mais qu'elle n'a pas été transcrite à cette époque, la masse ne pourra opposer le défaut de transcription, que si elle a pris l'inscription de l'hypothèque légale, qui lui confère un droit réel ; la loi du 23 mars 1855 exclut en effet, du nombre des tiers qui peuvent opposer le défaut de transcription, les créanciers chirographaires ; cette exclusion est arbitraire et l'on se demande pourquoi les créanciers chirographaires ne sont pas protégés au même titre qu'un sous-acquéreur, un créancier privilégié ou hypothécaire.

Mais nous avons admis que le jugement déclaratif conférerait à la masse un droit réel sur les immeubles du failli et faisait de la masse un tiers.

Notre hypothèque légale n'apparaît donc dans la faillite, que comme une superfétation et une complication inutile ; elle pourrait être supprimée sans difficulté (1).

II

Pour compléter cette étude, nous passerons une rapide revue des principales législations européennes sur le dessaisissement et l'hypothèque légale de la masse.

a) *Législation belge.*

La loi belge de 1850, qui a modifié le Code de commerce français de 1808, s'est visiblement inspirée de la révision française du Code de commerce de 1838.

Dans les articles 444 et suivants du Code belge, le dessaisissement est établi d'après les principes qui régissent notre droit, les nullités y sont les mêmes ; l'art. 487, qui a été transcrit littéralement, consacre l'existence d'une hypothèque légale de la masse dont

(1) M. Thaller. *Des faillites en droit comparé. Du dessaisissement.*

l'inscription est requise par les curateurs ; elle subsiste également au profit de chaque créancier, en cas de Concordat, art. 518.

En ce qui concerne la publicité, la loi belge fixe un court délai de trois jours pour publier le jugement déclaratif.

Namur (1) justifie ainsi l'utilité de l'hypothèque de la masse :

« L'inscription prise sur les biens du failli conformément à la disposition finale de l'art. 487, assure
« à tous les créanciers même aux chirographaires,
« une hypothèque légale destinée à protéger leurs
« droits contre des créanciers postérieurs, dans le
« cas d'annulation ou de résolution du concordat,
« ou dans celui où une seconde faillite viendrait à
« éclater avant la distribution entière du prix des
« biens du failli ; au moyen de cette inscription, ils
« priment les créanciers postérieurs ».

Mais il importe de remarquer, que la question est bien simplifiée, et que nous ne retrouvons plus dans la législation belge, les difficultés relatives aux transmissions d'immeubles.

La loi belge hypothécaire du 16 décembre 1851, qui a modifié le régime hypothécaire du Code civil, est en effet, plus large, en ce qui concerne les tiers,

(1) *Code de commerce belge révisé*, T. III, n° 1763.

que notre loi du 24 mars 1855 ; l'art. 1 de la loi belge s'exprime ainsi : « Tous actes entre-vifs à titre gratuit ou onéreux déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques, « seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques, « dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. « Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers « qui auraient contracté sans fraude ».

La masse des créanciers chirographaires du propriétaire d'un immeuble tombé en faillite, est sans contredit, un tiers dans le sens des dispositions préliminaires de la loi de 1851, à l'égard des acquéreurs de droits réels, qui ont négligé de soumettre leur titre d'acquisition à la transcription ; il en résulte qu'elle peut opposer le défaut de transcription. Nous avons admis, qu'il en était ainsi en droit français, parce que le dessaisissement donnait aux créanciers un droit réel, mais la question est controversée ; l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 ayant restreint arbitrairement le nombre des tiers, nous avons vu que l'opinion courante, soutient, que la masse ne peut opposer le défaut de transcription d'un contrat de vente consenti par le failli, que si l'inscription de l'art. 490 a été prise et lui a conféré un droit réel hypothécaire.

La disposition du Code belge, sur ce point, nous paraît plus rationnelle et plus équitable, puisqu'elle protège également tous les créanciers dont l'immeuble est le gage.

Telle était la solution autrefois donnée par la loi de Brumaire an VII.

b) *Législation allemande.*

La faillite, qui ne se distingue pas de la déconfiture d'un non commerçant, est réglementée aujourd'hui dans l'Empire Allemand, par la loi du 10 février 1877 ; dans cette législation, le dessaisissement date de l'ouverture de la faillite ; tous actes du débiteur postérieurs à cette époque sont nuls ; mais plus respectueux du droit des tiers que notre législateur, le législateur allemand, édicte, pour sauvegarder les droits de ces derniers, que tout paiement fait, avant la publication de l'ouverture de la faillite, est présumé fait de bonne foi et valable ; mais cette présomption admet la preuve contraire et les créanciers peuvent prouver que la faillite a été connue des tiers ; bien plus, un tiers qui a payé postérieurement à la publication de la faillite, est admis à prouver qu'il n'a pas eu connaissance de cette dernière ; dans ce cas, il est présumé l'avoir connu ;

mais cette présomption admet la preuve contraire, art. 5, 6, 7.

Nous avons fait des réserves sur les conséquences fâcheuses du système français, qui fait remonter les effets de la faillite au jugement déclaratif avant qu'il n'ait été publié, au grand préjudice des tiers qui auraient contracté de bonne foi avec le failli, postérieurement au jugement ; le système allemand nous paraît préférable sur ce point ; du reste, la loi allemande multiplie les mesures de publicité, pour tous les actes, qui concernent la faillite et se montre très favorable aux tiers :

Sous le rapport de la publicité, la loi autrichienne est encore plus nette ; le jugement déclaratif ne produit d'effet, que du jour où il a été affiché dans la salle du tribunal qui le prononce ; aussi tout contrat, tout paiement, tout actes du débiteur antérieurs à cette mesure de publicité sont valables, sauf le cas de fraude ; tous les actes postérieurs ne sont plus opposables :

Pour en revenir à la législation allemande, nous devons insister sur ce point fort important, à savoir que le dessaisissement ne comporte pas les biens à venir.

Tous les biens du débiteur au jour de la déclaration de faillite, et ces biens seuls, sont affectés à la

masse des créanciers ; l'actif net du failli, lors de l'ouverture de la faillite, forme le gage de ces derniers ; le patrimoine du débiteur failli peut s'accroître de nouveaux biens, par succession, donation, exploitation d'un nouveau fonds de commerce ; sur ces biens, la masse n'a aucun droit ; les biens du débiteur, au jour de la faillite, sont pour ainsi dire sequestrés au profit de la masse, les biens à venir restant un patrimoine indépendant et libre qui peut, le cas échéant, former le gage d'une nouvelle faillite.

Quoique les textes allemands ne parlent pas d'hypothèque, la notion d'une hypothèque s'y dégage bien nettement, puisque les biens y sont comme immobilisés au profit de la masse, en vertu d'un droit de gage très énergique, de même que le *pignus prætorium* du droit romain affecte tous les biens du débiteur, après la *missio in possessionem*.

L'idée d'une hypothèque y apparaît bien plus nettement que dans notre droit français ; nous ne voulons pas parler de l'hypothèque légale de l'art. 490, qui n'a qu'une signification restreinte et qui gêne plutôt le principe du dessaisissement, mais de l'hypothèque générale, telle qu'elle résulte du dessaisissement, embrassant les biens présents et à venir : affecter tous les biens actuels du débiteur au jour

de la faillite, comme gage à tous les créanciers en concours, par préférence à tous autres créanciers, tel est le principe allemand ; c'est bien là, la notion de l'hypothèque ; chez nous, il semble que le dessaisissement se rattache, non pas tant à l'idée de gage, qu'à cette autre idée, qu'il faut soustraire les biens à la mauvaise administration du failli, et que tous les actes qu'il ferait, sont entachés de fraude.

Nous ne retrouvons pas non plus, en Allemagne, de difficultés, relativement au transfert des immeubles, non transcrits au jour de la faillite ; cela tient au système particulier de mutation pratiqué dans l'Empire.

Le transfert de la propriété du vendeur à l'acquéreur ne s'opère pas de plein droit, *solo consensu*, comme chez nous ; l'acheteur n'y devient propriétaire, que du jour où l'aliénation a été transcrite sur le livre foncier, *Grundbuch* ; cette transcription est opérée par les soins du juge, qui a la garde du livre foncier et doit remplir diverses formalités, destinées à s'assurer de la régularité de l'aliénation, de l'absence de tous vices ; si donc la vente a été transcrite avant la déclaration de faillite, le bien est sorti du patrimoine du failli et ne fait plus partie de l'actif des créanciers ; dans le cas contraire, le bien est compris dans l'actif à partager entre les créanciers ; jus-

qu'à la transcription sur le registre de propriété, l'acquéreur n'a pas la propriété, mais un simple droit de créance sur l'immeuble.

c). Législation anglaise

La loi anglaise consacre un système particulier sur lequel nous n'insisterons pas.

Dès le jour du jugement qui déclare la faillite, la propriété se trouve transférée au syndic chargé de répartir les dividendes, entre chacun des créanciers.

C'est le fideicommiss du droit romain. Le syndic est un fiduciaire, auquel est transmise la propriété des biens de la faillite, à la charge de la transmettre aux créanciers ; le failli est dessaisi non seulement de l'administration de ses biens, mais privé de la propriété qui passe aux syndics représentant les créanciers, qui ne sont encore qu'imparfaitement connus : le failli se trouve libéré par cette sorte de cession, qu'il fait de ses biens.

Les créanciers de la masse sont mieux protégés que par l'hypothèque légale, puisqu'ils sont investis de la propriété par l'entremise du syndic.

Législation italienne

D'après le Code de commerce italien, le failli est de plein droit dessaisi de l'administration de ses biens, même de ceux qui peuvent lui parvenir durant l'état de faillite, art. 699 ; ce qui entraîne la nullité de tous actes postérieurs, passés par ce dernier. Le législateur italien s'est préoccupé, plus que le nôtre, de porter ce jugement à la connaissance du public, par une série de mesures de publicité : inscription des nom et prénoms du failli dans un tableau spécial, exposé dans la salle des tribunaux, et dans les locaux de la bourse, art. 697 ; publication par affiches dans divers endroits, article 692.

Il ne naît pas d'hypothèque au profit de la masse des créanciers, mais ceux-ci peuvent dans le concordat, se faire consentir par le failli concordataire, une hypothèque conventionnelle et le jugement d'homologation devra fixer un bref délai, pour l'inscription des hypothèques, art. 838.

Nous avons préconisé ce système comme étant très pratique, puisqu'il laisse les créanciers seuls juges de l'opportunité de l'hypothèque et de la quotité des droits à conserver ; jusqu'au concordat, la

masse se trouve suffisamment garantie par le dessaisissement.

Sur le point de savoir, si les mutations de la propriété immobilière, non transcrites avant le jugement déclaratif de faillite, sont opposables à la masse, la question est la même qu'en droit français ; l'art. 1942 du Code civil italien dispose en effet que « les actes et sentences (soumis à la transcription tels que contrats de vente, etc.) n'ont aucun effet à l'égard des tiers qui ont à un titre quelconque, acquis et légalement conservés des droits sur l'immeuble. »

Il y a une analogie évidente avec l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855.

Nous rappelons qu'en droit français, comme dans le Code italien, la question est controversée ; nous avons admis que le dessaisissement donnait à la masse un droit réel, qui lui permet d'opposer le défaut de transcription (1).

(1) M. Thaller. *Faillite en droit comparé. Du dessaisissement.*

CONCLUSION

En résumé, nous admettons que du jour du jugement déclaratif et par le seul fait du dessaisissement, la masse des créanciers acquiert un droit de gage général, un droit réel sur les biens du failli ; en conséquence, tous les actes postérieurs quels qu'ils soient, ventes, constitutions d'hypothèques faits par le failli sont inopposables à la masse, qui peut toujours en demander la nullité ; nous considérons donc comme inutile l'hypothèque légale telle qu'elle existe dans notre droit français, art. 490 et nous déclarons, qu'elle devrait être supprimée, puispu'elle complique inutilement la matière de la faillite.

Nous admettons bien, que l'inscription sur les immeubles du failli, serve de publicité de la faillite et que jusqu'à ce que cette inscription soit prise, les effets du dessaisissement concernant les immeubles ne s'exercent pas, mesure excellente et très favorable aux tiers, mais aucune hypothèque ne peut

exister indépendamment du dessaisissement ; elle se confond avec lui,

Si les créanciers accordent au failli son concordat, le dessaisissement cesse avec tous ses effets et toutes les garanties pour les créanciers ; c'est à ceux-ci de se faire consentir par le failli une hypothèque sur ses immeubles, s'il y a lieu ; ils en apprécieront l'opportunité, fixeront la quotité des droits qu'elle conserve, à qui elle profite ; ce sera une hypothèque conventionnelle librement débattue et plus avantageuse que l'hypothèque légale, qui naît du jugement déclaratif.

C'est ainsi, qu'en restituant au dessaisissement son véritable caractère, on débarrasse la faillite d'une inutile complication.

APPENDICE

De l'inscription de l'hypothèque légale des art. 490 et 517 Cod. Com.

Après avoir étudié l'hypothèque légale de la masse, il n'est pas inutile de se demander quelle application en fait la pratique et comment s'opère l'inscription.

D'après l'art. 490, le syndic ou le liquidateur provisoire, dès son entrée en fonctions « est tenu de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont il connaîtra l'existence ».

« L'inscription sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement, par lequel il aura été nommé ».

Ainsi le syndic dépose, au bureau du Conservateur des hypothèques, où sont situés les immeubles du failli, un simple bordereau, ce bordereau est ainsi libellé :

« Inscription est requise au bureau des hypothèques de
« l'arrondissement de...

- « Au profit de la masse des créanciers de la faillite de M.
« (prénoms, nom, profession et domicile du failli).
« Aux poursuites et diligences de M... agissant au nom et
« comme syndic provisoire de la faillite du d. sieur M...,
« nommé à cette qualité, par jugement du tribunal de com-
« merce, en date du pour lequel domicile est élu à
« En vertu de l'art. 490 du Cod. Comm.
« Pour sûreté et conservation :
« 1° Des sommes dues par le sieur M... à la masse de ses
« créanciers, lesquelles sont actuellement exigibles mais en-
« core indéterminées ;
« Et 2° des intérêts et accessoires des d. créances échus ou
« à échoir pareillement exigibles, mais encore indéterminés.
« Sur tous les immeubles du d. sieur M... situés dans
« l'étendue du bureau des hypothèques de . . . , en confor-
« mité des dispositions de l'art. 490, paragraphe 3 du Code
« de Commerce et notamment sur une maison sise à . . . »

A l'examen de ce bordereau, on remarque qu'il est loin d'être conforme aux bordereaux rédigés, d'après le droit commun : art. 2148 Cod. civ.

Et d'abord, première dérogation au droit commun, l'inscription de l'art. 490 Cod. Com. est prise sur un simple bordereau, énonçant qu'il y a faillite ; la loi n'exige ici qu'un seul bordereau au lieu de deux, sans doute, dans un but de célérité et d'économie. Le conservateur fait mention sur son registre du contenu du bordereau qu'il remet ensuite au syndic, en certifiant que l'inscription a été prise.

Dans notre bordereau, les créanciers ne sont pas désignés nommément ; le syndic, qui les représente, requiert inscription au profit de la masse, qui n'est pas encore formée ; notre

inscription est une mesure conservatoire, qui profite à tous les créanciers chirographaires du failli, dont la liste sera définitivement arrêtée, après la vérification et l'affirmation des créances ; il est donc impossible de désigner nommément tous les créanciers.

De même, on ne trouve dans le bordereau aucune mention relative à la date et à la nature du titre des créanciers : l'énonciation de la faillite suffit pour que l'inscription soit valablement prise ; tous les créanciers le sont au même titre, ce sont des créanciers chirographaires du failli ; du reste la certitude de la date et la validité des titres sont soumises à un examen spécial, lors de la vérification des créances, et les seuls titres vraiment sérieux figureront au passif du failli.

Pour ce qui est de la double spécialité requises dans les bordereaux, d'après l'art. 2148 du Code civil, spécialité quant aux créances hypothécaires, et spécialité quant aux immeubles frappés par l'hypothèque, on ne la retrouve pas dans notre bordereau.

Toutes les créances ne sont pas connues, où si elles le sont, elles ne sont pas encore déterminées ; il y en a qui sont sujettes à contestation qui, partant, seront rejetées ou réduites ; comment dans ces conditions indiquer le montant du capital et des accessoires ; cette évaluation des créances sera l'objet d'une procédure spéciale.

La pratique ne semble pas s'attacher non plus à la spécialisation des immeubles hypothéqués, elle considère l'hypothèque de l'art. 490 comme une hypothèque générale, une simple inscription prise au bureau de l'arrondissement, étant suffisante, pour frapper d'hypothèque tous les biens du débi-

teur situés dans cet arrondissement, aussi bien que ceux qui lui adviendraient plus tard.

Nous avons fait des réserves sur ce point et montré qu'il serait préférable de se conformer au principe, fondamental en matière d'hypothèque, de la spécialité, en individualisant chaque immeuble.

Cette inscription est assez semblable à l'inscription de l'hypothèque légale ou de la femme mariée, où il n'est question ni d'évaluation des droits garantis par l'hypothèque, ni de l'époque d'exigibilité, ni de la spécialisation des immeubles.

En résumé, toutes ces dérogations au droit commun s'expliquent facilement ; s'il n'est question dans le bordereau d'inscription, ni de la désignation des créanciers, ni de la date, ni de la nature de leurs titres, ni de l'évaluation des créances, ni de leur exigibilité, cela tient au caractère de notre hypothèque, complément du dessaisissement qui profite à tous les créanciers chirographaires sans distinction formant une masse protégée quoique non définitivement fixée.

L'inscription de l'art. 490 étant prise, nous supposons que le failli obtienne son concordat.

Il est possible d'abord que les créanciers renoncent dans le concordat à l'hypothèque inscrite en vertu de l'art. 490, ils en donneront main-levée, sur le vu d'un double du concordat et de l'homologation par le tribunal, le conservateur opérera la radiation de la d. inscription.

Mais les créanciers et le failli conviennent au concordat que l'hypothèque de l'art. 490 sera maintenue, comme garantie du paiement du dividende des créanciers, notre hypo-

thèque entre dans une phase nouvelle ; tous les créanciers sont maintenant connus, leurs droits ont été fixés et le débiteur concordataire s'est engagé à payer à chacun d'eux un dividende, l'hypothèque légale ne profitera donc plus à une masse indéterminée, mais à chacun des créanciers en particulier.

L'art. 517 Code Comm. nous dit : « L'homologation du concordat conservera à chacun des créanciers sur les immeubles du failli l'hypothèque inscrite, en vertu du 3^e paragraphe de l'art. 490 ; à cet effet, les syndics feront inscrire aux hypothèques le jugement d'homologation ».

La situation n'est plus la même ; le failli est remis à la tête de ses affaires, la masse n'existe plus, les créanciers sont tous connus, le montant de leurs créances a été évalué, l'hypothèque profite alors à chacun d'eux à concurrence de la somme qui lui est due ; si les créanciers ont accordé une remise, l'hypothèque profitera à chacun à concurrence du dividende à lui dû.

Comment l'inscription, prise conformément à l'art. 490 en faveur de la masse, profitera-t-elle à chacun des créanciers ? l'art. 517 nous répond : par la transcription du jugement d'homologation.

Ce qu'il ressort de l'art. 517, c'est que le concordat une fois homologué, l'hypothèque subsiste sur les immeubles et s'il est indispensable que le jugement d'homologation soit inscrit au bureau des hypothèques, cela ne suffirait pas pour individualiser les droits de chaque créancier et lui faire acquérir une hypothèque spéciale.

En pratique, les syndics déposent un nouveau bordereau dont ils requièrent l'inscription ; ce bordereau reproduit les

principales clauses du concordat, notamment les clauses relatives aux remises consenties, aux délais de paiement des dividendes, au maintien de l'hypothèque, en précisant les dividendes dûs et les créanciers à qui ils sont dûs.

A ce bordereau est joint une expédition du jugement d'homologation.

Cette façon de procéder a l'avantage de conserver à chacun des créanciers l'hypothèque légale en limitant et précisant les droits de chacun ; le bordereau se trouve ainsi plus conforme à la loi.

TABLE DES MATIÈRES

	pages
INTRODUCTION	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'hypothèque de la masse ; étude historique</i>	8
A. Du <i>pignus prætorium</i> en droit romain	8
B. De la faillite au Moyen-Age et dans l'ordonnance de 1673	14
C. L'hypothèque de la masse dans le code de commerce de 1807	16
D. L'hypothèque de la masse dans la loi de 1838	20
CHAPITRE II. — <i>Etude de l'hypothèque de la masse en droit français</i>	25
Première partie. — Nature de l'hypothèque de la masse	25
Deuxième partie. — De l'utilité de l'hypothèque légale de la masse	31
<i>Première section</i> : A. De l'utilité de l'hypothèque légale de la masse pendant le cours de la faillite ...	32
<i>Deuxième section</i> : B. De l'utilité de l'hypothèque légale de la masse, après la clôture de la faillite ...	36
Troisième partie. — Comment prend fin l'hypothèque de la masse	68
Quatrième partie. — Rapprochement entre la faillite et la déconfiture	76
CHAPITRE III. — 1. <i>Examen critique de l'hypothèque légale de la masse dans la faillite en droit français</i>	90
2. <i>Solution des principales législations étrangères</i>	96
CONCLUSION	106
APPENDICE	109

